CUNRADI RITTERSHUSIJ J.C. COMMENTARIUS NOVUS, IN QUATUOR LIBROS...

Konrad Rittershausen, Giovanni Battista Coccini



CUNRADI RITTERS-
HUSII J. C.

COMMENTARIUS NOVUS,

IN

QUATUOR LIBROS INSTITUTIONUM IMPERIALIUM DIVI JUSTINIANI,

EX MANUSCRIPTIS ET EO PRAECIPUE exemplari, quod auctor ipse typis destinaverat, diligenter depromptus,

Ac juris studiosorum commodo, nunc primum editus:

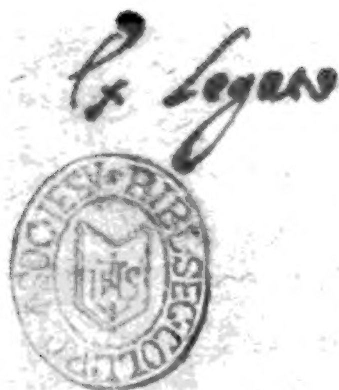


CUI

PRÆFIXA EST IPSIUS AUCTORIS ORATIO inauguralis de Charonda & Zaleuco, & nomothesia utriusque: ad finem adjecta collatio legum Atticarum & Romanarum.

Cum INDICE auctorum, rerum & verborum, legum correctarum, conciliatarum, & explicatarum locupletissimo.





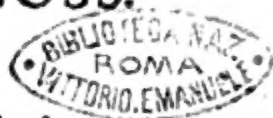


ARGENTORATI.

Sumptibus hæredum LAZARI ZETZNERI.

Anno M. DC. XVIII.

AD MAGNIFICOS, AMPLISSIMOS, NOBILISSIMOS, ET PRUDENTISSIMOS COSS. ET SENATORES INCLYTÆ REIPUB. ULMENSIS.





VT sacratissimus Imperator Iustinianus in Legum civilium studiosa juventute discendi ardorē & cupiditatem accenderet, subinde in constitutionibus, digestorum operi, quod Iustitię Romanæ templum appellat, præfixis, immensitatis & multitudinis librorum, è quibus olim juris civilis haurire scientiam necesse erat, mentionem injicit. Duobus enim millibus librorum, versuum tricies centenis, sive ut alibi loquitur, trecenties decem millibus, sive denique, quod idem est, trecentis myriadibus versuum Iurisprudentiam constitisse ait. Nec est, quod quis opinetur, per versus hîc lineas vulgò dictas denotari: Sed integra orationis membra, sive periodi versus intelliguntur. Hac enim in bonis libris dimetiendis ratione veteres usos esse cùm ex Diogene Laërtio in vita Aristotelis, Theophrasti, aliorumq; Philosophorum, tùm Plinio, Galeno, aliisque constat. Vnde facilè conjicere est, quàm multi non hujus solum studij prolinitate, sed etiam sumptuum magnitudine, & mole divitiarū, more loquendi Iustiniano usitato, quæ ad immensa ista volumina comparanda requirebatur, deterriti, ad hujus sacratissimæ scientiæ adita pervenire

nequiverint. Quamquam autem Iustiniani providentiâ, nunquam satis laudata, immensa & infinita hæc librorum volumina ad mediocrem modũ pervenerint, ea tamē mediocritas talis ac tanta est, ut nisi animum ad hoc studium applicantibus, ὡς νηπίοις γάλα, καὶ οὐ βρῶμα primum præbeatur, incrementũ studiorum suorum capere non possint; sed non secus atq; ij, qui ex loco opaco ac tenebricoso in apricum producuntur, cæcutiant, & velut oculis capiantur. Hoc cum Imperator noster pro sua prudētia vidisset, Triboniano Viro Magnifico, magistro & exquęstori sacri palatij, & exconsuli, nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illustribus Antecessoribus mandavit, ut institutiones componerent, quæ totius legitimæ scientiæ prima elemēta essent: in quibus breviter exponeretur, & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum est. Cæterùm quod M. Tullius de universo jure civili affirmavit, id sine interprete non facilè addisci posse, fallor an etiam de hisce legum incunabulis recte id usurpari potest? Licet enim Iacobus Cujacius, quem Isaacus Casaubonus (at quantus & ipse vir!) acerrimi judicij virũ, & Aquilam ICtorum appellare non dubitavit; libro undecimo observationum, capite trigesimo octavo, asserat: libello institutionum neq; comptiorem, neq; faciliorē ullum esse, quivé interpretem minus desideret, ut planè ignobile videatur illorũ

esse

esse otium, qui eum libellum longissimis onerant commentariis, quod positum est in una cognitione in infinita dispartientes, quo scilicet plura scire videantur. Hoc tamen judicium non tam errori alicui, quàm ingenii, quod in Cuiacio plane divinū fuit, dexteritati & præstantiæ, acceptum fecimus. Quid enim mirum, si quod aliis ob brevitatē, quæ obscuritatis plerumq; mater est, difficile & perplexum videtur, ipsi contrà, qui se ipsum in Græcis latinisq; politioribus literis nullo docente erudiit, clarum perspicuumq; sit, neque commentarii illustratione egeat? Quemadmodū autem illa, quam modo dixi, ratio à scribendo hoc commentario Parētem nostrum τὸν μακαρίτην non absterruit, ita nec nos, quo minus eū publici juris faceremus, illud, quòd jam antea multorum Clarorum virorum notæ, quibus æternam sibi nominis & famæ gloriam peperêre, ad hanc Iuris εἰσαγωγὴν extent. Nostrum enim illud Senecæ facimus: Qui ante nòs ista noverunt, non domini nostri, sed duces sunt; patet omnibus veritas, nondum est occupata: Multum ex illa etiā futuris relictum est. Quod si etiam à tempore commendationis aliquid Commentario huic accedit, multorū annorum opus est. Non solum enim plus vice simplici publicè prælectus est: sed etiam cum parens noster deposita institutionum Professione ad Pandectarum, Iurisq; feudalis, nec non Canonici explicationem animum applicuisset, inq; ea an-

nos plus minus quatuordecim insumpsisset haud minimæ ipsi curæ fuit, ut hunc Commentariũ pectinaret, sive (quod de suis ingenij monumentis Plato scriptum reliquit) ut catulos suos ursus lambendo efformaret. Illud fortasse est, propter quod aliorum, præclarè de jure meritorum, laboribus huic similibus (quod tamen præfiscini & citra jactantiam dictum volumus) hic Parentis nostri labor, non quidem præponendus, sed pari fortasse pretio cum illis habendus videatur, quod, quæ ex SS. Patrum, tàm Græcorum, quàm Latinorum, Historicorum, Poëtarum, Oratorum, Philosophorum aliorumque Classicorum lectione, ad exornandum jus nostrum ipsi facere videbantur, maximo labore vigiliisque annotavit. Quo factum est, ut animi attentio, assidua meditatione fracta restitueretur, tædiumq; hisce quasi aromatis condiretur. Imitatus in hoc est (pro suo tamen captu, & quantum per varia, quibus distentus fuit, impedimenta ipsi licuit) veteres ICtos, quos in Homeri, (quem Patrem omnis virtutis Iustin. in Const. Omnem. Pand. pręfixa:) Platonis (quem Summæ prudentiæ & auctoritatis apud Græcos Callistratus in l.2.ff. de nundin.) Demosthenis (quem maximum apud Græcos oratorem Claudius Saturninus in l. 16. aut facta.§. qualitate. ff. de pœnis. vocat:) Solonis item, Hippocratis, Theophrasti, Xenophontis, Ciceronis, cæterorumq; lectione multos fuisse, ex testimo-

ſtimoniis eorum, quibus in difficilimis controverſiis, hinc inde in jure uſi ſunt, conſtat. Verùm ut in paterni operis laudibus decantandis modum ſervemus: cum alij nō tam neceſſitate, quàm pro more recepto eorum, quæ edunt, Patronos ſibi quærant, certa cauſa eſt, quæ nobis, ut hoc faciamus, veluti neceſſitatem quandam imponit. Nam cùm perpetuus virtutis Comes invidia eſt, tùm vitilitigatorum protervia omnium maximè poſt funera ſeſe exerit, mortuoque Leoni etiam lepuſculus inſultat. Nos quibus nullæ ad cacoëthes hoc frenandum vires ſunt, poſtumum hunc Parentis noſtri Commentarium Veſtræ, Magnif. Nobiliſs. Ampliſſimi, Prudentiſſimiq; Viri, Dnn. Coſs. & Senatores, quâ par eſt animi ſubmiſſione, clientelæ committimus & commendamus. Quam M. N. A. Prud. que VV. nobis haud denegaturas, non ex ſola erga bonas literas affectione, & præclaræ, qua Reſpub. veſtra præ alijs pollet, Eunomias ſtudio, nobis pollicemur: ſed inſignis etiam benevolentia, qua VV. M. N. A. Prudentiæque parentem noſtrum ante hac proſecutę fuerunt, artis indiciis, de quibus agere hoc loco ſupervacaneum foret, id atteſtantibus: imò & familiaritas, quam è ſanctiſſimo corpore veſtro nonnulli cum eo habuerunt, in bonam ſpem nos erigit. Quem igitur ob fati iniquitatem favore & benevolentia veſtra dignari amplius non

non poteſtis, ejus cõmentarium, ex quo non principia ſolum juris, ſed potiſſimum quoq; eius partẽ Rerump. Seminaria haurire poterunt, ſerena fronte accipite, atque ab effreni Zoilorum licentia Ampliſſimæ dignitatis & auctoritatis veſtræ ſcuto, ſalvum & ſoſpitem præſtate. Quo beneficio non ſolum VV. M. N. A. P. que in æternum ſibi nos devincient, ſed nos etiam Deum Ter Opt. Max. ſupremũ Rerump. & totius Politici ordinis moderatorem & cuſtodem, pro felici regimine veſtro cæterisq́; tàm corporis, quàm animæ bonis piis colere & venerari votis nunquam ceſſabimus. Bene valete, Viri Magnifici, Nobiliſſimi, Ampliſſimi & Prudentiſſimi, nobisq́ue ſi mereri videbimur, favete. AltorfI in Academ. Norica è Muſeio, Menſe Februar. 1618.

VV. Magnif. Nobilitat.

Amplitud. Prudentiarumq́.
deditiſſimi

Georgius, Nicolaus, & Ludovicus,
Conradi Rittershuſij, JCti, p. m. FFF.

CON-

CONRADI RITTERSHUSII, BRUNSWIC. J. U. D.

ORATIO,

DE CHARONDA ET ZALEUCO, ET NOMOTHESIA UTRIUSQUE.

Recitata in Altorfina Norimbergensium Academia ante Interpretationem Institutionum Juris.

QUantum adjumenti antiquitatis aliqua cognitio & liberalis eruditio adferat ei, qui inter Politicos & Jurisconsultos nomen suum profiteri & aliquando censeri velit, neque quemquã vestrũ, Auditores optimi, ignorare arbitror, & sæpè ex hoc ipso loco audiistis. Nam ne foris exempla peti necesse sit, Antecessores nostri, qui paulò ante huic cathedræ magna sua cum laude & discentium utilitate præerant; nunc à nobis non sine magno animi desiderio requiruntur: hi ergo ad hanc, quam dixi, rem non verbis tantùm ac præceptis, sed etiam exemplo suo præclarissimo studiosæ legum juventuti praierunt. Etenim certum est, eos demum rectissimè in Juris civilis studio versari, sibiq; optimè consulere, qui ita rivulos & castella consectantur, ut fontes & capita ipsa non negligant. Ac placet vehementer, quod quidam magni suo merito nominis, & Philologus ac JC. eximius scripsit, Studiosum Juris in auctorum lectione bonorum aliisq; liberalibus studiis Patremfamilias bonum imitari debere, qui in peregrinatione sua, qua terras ac maria obit, subinde domum cogitat, ubi dulcem unicéq; animo suo charam uxorem aut sponsam reliquit. Is enim quotiescunque in gemmam aliquam, aut scitè tornatum annulum, aut monile pretiosum, aut vestem, aut alia mundi muliebris ornamenta & κειμήλια incidit, studiosè omnia quantum sibi satis sit, comparat atque in thecas suas componit, ut aliquando domum reversus habeat, quo dominam suam comptam atque exornatam muneretur. Eodem modo qui Jurisprudentiæ tanquam matronæ præstantissimæ amoribus captus ac deditus est, ad eam exornandam atq; expoliendam omnia cætera studia referre debet.

Taceo hîc, quantum veræ & germanæ voluptatis ipsa habeat collatio: quæ & Juris Rom. æquitatem mirificè nobis commendat, dum cernimus, id in

tam multis congruere cum aliarum gentium non barbararum institutis ac legibus ut non tàm jus civile Romanorum, quàm commune omnium gentium, atq; ex ipsa natura expreßum & haustum esse videatur. Jam & illud nemo inficias ierit, tametsi Romani ferè soli ex omnibus gentibus ac populis Juris prudentiam ita excoluerint, atq; ad id fastigium perfectionis, in quo eam summorum virorum ingeniis propè divinis collocatam videmus, evexerint, ut hanc quasi possessionem suam ac propriam fecerint, eos tamen libens meritò initia ejusdem Græcis accepta ferre. Quis enim hoc paulò humanior nescit, quod & Livius, & Dionysius Halicarnasseús, & Tacitus, & Pomponius deniq; noster in l. 2. D. de orig. jur. memoriæ prodiderunt, Decemviros Legibus ferendis à Romanis creatos post exactos Reges in terram Græciā profectos, inde optima quæq; & egregia ejus gentis (à qua & alias plerasq; artes ac disciplinas ad benè beateq; vivendum pertinentes acceperunt) instituta & leges accivisse? Ac si id nobis propositum esset, nullo negotio demonstrare possemus, pleraq; omnia ejus Legislationis Decemviralis capita, quæ in libellum XII. tabularum (tantopere ab illis, quos commemoravi auctoribus dilaudatum, ut qui omnes omnium Philosophorum bibliothecas superarit) retulerunt: hæc ergo capita de Græcorum fontibus hausta, atq; in Rom. Rempub. derivata esse. Ingenui autem pudoris plenum, & pars quædam gratitudinis est, fateri per quos profeceris: id quod passim fecisse Juris nostri auctores videmus, dum Homerum, Draconem, Solonem, Platonem, Demosthenem, Theophrastum, Chrysippum, alios laudare nō erubescunt. Quæ cum ita sint, facturus deinceps interpretationem Elementorum Juris civilis, & cupidam legum juventutem tamquam in vestibulum Jurisprudentiæ, præstantißimæ illius, quam dixi, matronæ introducturus cum DEO (quæ provincia mihi nuper ab Amplißimis, & Nobilißimis Prudentißimisq; hujus Academiæ Curatoribus demandata est) eiq; interpretationi, more in Academiis recepto, aliquid mihi præfandum esse videns, ex multis, quæ occurrebant, dicendi argumentis, hoc mihi nunc potißimum delegi, ut de duobus Græcorum antiquißimis clarißimisq; Legumlatoribus verba in hoc ornatißimo consessu ad vos facerem: & quæ de his ex optimis utriusque linguæ auctoribus comperta habeo, brevi oratione & soloci (ut dicitur) filo contexta vobis exponerem.

Ac ne diutius animos vestros suspensos teneam, quos jam tum expectare scio, qui nam illi sint Legumlatores, de Charonda & Zaleuco quædam in vulgus minimè nota, neque vobis ingrata, neque huic loco omninò aliena (uti spero) afferemus. Idcircò autem ἐν παραλλήλῳ *jungere placuit hos duos (quos ne*

Cicero

Cicero quidem in libris de Legibus se in multis, non minus quàm vel Solonem, vel Platonem, vel alios sequi diffitetur) quòd non solum vicinis in civitatibus vixerint, legesq; tulerint, sed etiam inter sese fuerint simillimi animis vitæq; instituto. Utriusq; porrò vita primùm, sed breviter (neq; enim temporis longinquitas multa ad nos de hac pervenire passa est, & nemo eam ex professo, quod sciam, descripsit) tum deinde Nomothesiam, aut certè præcipua quædam ejus capita, recensebo: Ex qua (ut spero) videre licebit, etiam Romanos quædam esse mutuatos. Insignium quoq; virtutum aliquot exempla tàm in Vita horum, quàm in Nomothesia agnoscemus, quæ imitari atq; exprimere ne Christianum quidem hominem pudeat: imò quæ non imitari, sed deserere, pudor ac flagitium sit iis, qui Christo nomen dederint: ut ita non solùm ad scientiam in nobis augendam, sed etiam ad bonos mores atq; ad probitatem, (sine qua, ut Plato dicebat, scientia omnis potiùs habenda est pro calliditate & versutia) hæc qualiscunq; præfatio sit profutura. Vos rogo, Magnif. D. Rector, Illustris & Generose Comes, Professores omniũ ordinum, Viri Reverendi, Clariss. Doctiss.q; Studiosi item Nobiliss. & ornatiss. vos inquam rogo, ut dum in eo sum, ut unico saltem in exemplo tanquam in speculo commonstrem id quod exordiens dicebã, Quantum scilicet utilitatis adferat studio Juris, Antiquitatis & liberàlis doctrinæ non omninò rudem aut expertem esse, & dum in regionem transmarinã animo & cogitatione trajicio, ea me, qua soletis, benevolentia prosequi velitis. Scio equidem & agnosco, nihil me huic ornatissimo consessui, tanta eruditionis copia abundanti, tantaq; rerũ experientia prædito ignarum aut inauditum proferre posse. Illud quoq; scio, mentem humanam doctrinæ cognitionisq; tanquã convenientissimi pabuli sui avidam nova semper requirere; vetera fermè fastidire. Vos tamen cogitabitis id, quod quidam veterum rectè scripsit, Dulcem & gratam esse cognitionem etiam nota recolenti.

Ergo, ut hinc incipiam, Charondæ quidem patria (si Aristoteli opt. auctori credimus) fuit Catana, urbs Siciliæ, quæ alio nomine Catinã dicta est, ut Hermolaus Barbarus in Castigat. ad Plinium docet. Justinus historicus ejus cives Catinienses vocat, lib. 4 epito. Est autẽ hæc urbs in primis nobilitata illorũ juvenũ pietate, Amphinomi & Anapij, qui ex eo incẽdio, quod Aetnæ crateres effusi excitarant, à flamma circumfusa illæsi atq; integri parentes suos propriis exportarunt humeris: ut est apud Aristot. in Mirabil. narrat. apud Lycurgum contra Leocratem, Senecam lib. 3. de benef. c. pen. Aelianum in var. hist. Cornelium Severum, Claudianum in Epigram, &c.

Sunt alij, in quib. & Valerius Max. qui Thurium faciunt Charondam, ex

Italiæ opido eo oriundum, ubi Herodotus pater historiæ vitam finijt, & ut quidam tradiderunt, in foro conditus est. Quicquid sit, illud certè plurium testimonio ac mentione didicimus, Siculis & Italis vicinis eum Leges tulisse, sive adeò in Sicilia natus, habitarit in Italiæ parte ea, quæ olim Magna Græcia diebatur, sive contrà, Sic enim Aristoteles 2. Polit. cap. ult. Charondas, inquit, Catanensis & suis civibus leges tulit, & aliis Chalcidicis civitatibus per Italiam & Siciliã. Et Plato in 10. De Repub. Χαρώνδαν μὲν Ἰταλία ϗ Σικελία αἰτιᾶται νομοθέτην ἀγαθὸν γεγονέναι, ϗ σφᾶς ὠφεληκέναι. *Ac potest, ni fallor, etiam utraq; civitas, & Catana inquam & Thurium, ejus patria dici haud absurdè. Nam ut Cicero docet, 2. de legib. uni homini duæ possunt esse patriæ, quarum una naturæ seu loci sit, altera civitatis seu juris, quarum in hac, ut majore, illa contineatur. Quomodo & Pythagoræ, tametsi ortu Tyrrhenus esset, Samus tamen patria civitatis seu juris fuit, indeq; frequentius appellatus est Samius, quàm Tyrrhenus. Et Herodotus nunc Halicarnasseus vocatur, ab Halicarnasso, ubi natus fuit: nunc Thurius, quòd postea Thurium commigrarit, ubi & in foro sepultus est, ut paulò ante dicebam. Et diversum est initium historiæ ejus, quod citat Aristoteles 3. Rhetor. ab eo, quod hodie in editionibus Herodoti legimus. In illo est* Θουρίου; *in hoc* Ἁλικαρνασσέως.

Huic autem, quod de duabus patriis dixi, vicinum est illud, quod Ulp. scribit in l. 6. D. Ad municipal. posse quem duobus locis habere domicilium: vide & Cujac. obser. Item quod in historia Constantini Magni Imp. aliquando observatum memini à doctissimo præceptore meo Huber. Giphanio, Imperatores Romanos olim duos numerare natales solere: Unum ortus, seu nativitatis: Alterum Imperij, quo scilicet die id inijssent: Quibus & tertium addere possis natalem, Ecclesiæ. Sic hodie nostris moribus non eum tantùm vocamus natalem diem, quo quisq; natus est, sed etiam cujus diei nomen quis sustinet. Sed hæc extra rem: ad quam nunc redeamus.

Cum igitur omnibus, qui tum doctrinæ ac prudentiæ laude florebant, facilè Charondas antistaret, electus est à civibus suis, sive Thuriis, sive Catanensibus, sive etiam utrisque, Legislator, qui Rempub. eorum optimis legibus atq; institutis exornaret: de quibus paulò pòst dicam. Nunc illud admonendum videtur: Cum Legislatorum duo sint genera, secundum Aristotelem 2. Politic. quorum alij Reipub. formæ à se ipsis descriptæ atq; constitutæ: alij verò ei, quam ab aliis jam ante constitutam invenerunt, Leges præscribant: ex posteriore hoc genere Charondam, ut & Zaleucum, extitisse. Neque verò idcircò minoris fieri debent hi nostri Legislatores, cum non minor sit virtus, tueri & conservare

parta

parta quàm quærere & parare primùm: Imò cum majorem mereatur laudem, qui subtiliter emendat factum, eo qui primus aliquid invenit: ut Justiniani nostri verbis utar. l.2. C. de vet. jur. enucl.

Plura de Charondæ vita rebusq; gestis reperire non potui: nisi quod Aelianus scribit 3. Var. histo. ipsum, cum à Catanensibus malè gratis (ut fit) in exilium esset ejectus, Rheginensibus quoq; leges præscripsisse. De morte ejus infra commodiore loco post Descriptionem legum agemus. Ad Zaleucum propero: quem Josephus iis annumerat Legislatoribus, 2. contra Apion. qui apud Græcos in admiratione fuerunt: καὶ ὁ πρῶτος ἰσόρηται νόμους θεῖναι, ut ait Clemens Alexandrinus 1. Stromat.

Hunc igitur Locris Epizephyriis (qui sunt populi Magnæ Græciæ, diversi à Locris Opuntiis, & qui fuerunt tertii?) leges tulisse, auctores complures uno ore testantur. Inter hos enim nobili ortus est prosapia, si Diodoro Siculo credimus. Quamquam Suidas nescio ex quo auctore annotavit, servum & pastorem initio fuisse Zaleucum: postea verò libertate donatum, liberaliter & accuratè institutum, in tantum virum, suisq; principem Reip. evasisse. Ex qua discrepantia de Zaleuco occasionem fortasse arripuit historicus Timæus (qui, quòd omnia ab aliis etiam rectè dextreq; tradita morbo quodam animi carperet, ἐπιτίμαιος dictus fuit: teste præter cæteros Diodoro Siculo initio lib. 5.) ut nullum unquam fuisse Zaleucum scriberet. Verùm Timæi hujus jam olim explosa est opinio, ut videre est apud Ciceronem 2. de leg. & 6. ad Attic. epist. 1. Eum quidam unà cum Lycurgo Spartano, Thaleti, qui sapientissimus inter VII. habitus fuit, operam dedisse memorarunt. Sed horum ἀναγραφίαν Aristoteles ex temporis ratione malè ipsis subductam convincit. d. lib. 2. Politic. prope fin. Lycurgum enim ante Romam conditam vixisse, Cicero quoq; testis est. Tusc. 5. Zaleucus verò Tullo Hostilio Rege floruit (ut auctor est Beatus Hieronymus in Chronic. Eusebii) atq; etiam civitate Romana donatus est, si Symmacho credimus. lib 10. epist. 18. Charondas autem paulò post vixit: Thales deniq; rege Servio. Ex quo perspicuum fit, temporum valdè imperitos fuisse, qui Zaleucum Thaletis fecerunt discipulum. At Diodorus Siculus, lib. 12. Bibliotheca, bonus inprimis auctor, discipulum eum fuisse scribit Pythagoræ: Idemq; confirmat & Suidas, & Seneca, ut mox indicabo. Cum autem gratia & auctoritate plurimum apud suos populares valeret, electus ab ipsis Legislator, novam prorsus & aliis inusitatam Legum descriptionem instituit, initio à Diis immortalibus facto: quam tamen rationem postea multi magniq; auctores secuti sunt, ut Plato, ut Numa Pompilius, ut Cicero, &c. Sed hîc illud

 memo-

memorabile est, quod refert Clemens Alexandrinus Stromat. 1. ex Aristotelis Rep. Locrorum (scitis enim, principem hunc omnium Philosophorum collegisse & descripsisse Rerumpub. formas centum & quinquaginta octo, quæ temporũ injuria perierunt.) Ex Locrorum ergo Repub. ab Aristotele descripta refert Clemens, Zaleucum Locris suis dicere solitum, à Minerva se leges, quas ipsis ferret, accepisse: quod & alios, ut Lycurgum, qui Lacedæmoniis; Minoëm, qui Cretensibus; Numam, (Plutarch. Numa.) qui Romanis leges sanxerunt, factitasse legimus: nimirum ut Leges suæ ad Deos auctores relatæ, facilius ad animos hominum descenderent (ut loquitur Livius) majoremq; apud cives auctoritatem haberent. Fuit hoc quidem proculdubio σόφισμα πολιτικόν: *Sed sunt tamen revera leges* εὕρημα καὶ δῶρον θεῶν, *ut ex Demosthene Marcianus JC. refert. contra Aristogitonem. Plutarchus in libello, l. 2. D. de Legib. Quomodo se ipsum quis citra invidiam laudare possit, hoc idem eum fecisse scribit hoc consilio, ut Locri sine invidia Leges illas reciperent. Est enim ingenium humanum invidum, & & quavis potius re, quàm virtute alios sibi antistare patitur.*

Porrò Strabo lib. 6. auctor est, Zaleucum inscribendis Legibus multa ex Cretensium, multa ex Spartanorum, multa ex Areopagitarum institutis mutuatum esse: Nec omnes omnium Sycophantarum strophas & cavillationes in ijs avertisse (hoc enim esse infinitum & ἐν τῶν ἀδυνάτων) *sed simplices tulisse & paucas, quod eorum demum beatam civitatem judicaret, qui eas sedulò observassent. Thurios postea* ἀκριβοῦν θέλοντας περὶ τῶν ἄκρων, ἐνδοξοτέρους μὲν γενέσθαι, χείρονας δέ. *Rectè & sapienter dixit Menander:* Καλὸν οἱ νόμοι σφόδρ' εἰσίν. ὁ δ' ὁρῶν τοὺς νόμους λίαν ἀκριβῶς, συκοφάντης γίγνεται.

Idest: Leges quidem res oppidò quàm sunt bona: At
Argutia harum evadit in calumniam.

Quod utinam & Interpretum Juris quidam animadvertissent, qui omnia ad vivum resecare & regulis comprehendere voluerunt. Quare jus nostrum l. 2. D. de jur. & fac. ignor. (quod finitum esse & potest & debet) infinitum propè reddiderunt, & cui perdiscendo vix ævum hominis sufficiat. Hinc plurimæ Leges natæ, quod corruptissimæ Reip. indicium esse scribit Tacitus Annali. 4.

Ad Zaleucum & Charondam communiter pertinet, quod Seneca Epist. 91. utrumq; Pythagoreum facit. Sic enim ait: Zaleuci Leges Charondæq; laudantur. Hi non in foro, nec in consultorum atrio, sed in Pythagoræ tacito illo sanctoq; secessu didicerunt jura, quæ florenti tunc Siciliæ & per Italiam Græciæ ponerent. (Leg. fort. Magnæ Græc.) Deinde hoc quoque inter eos commune est,

quod

quod ait Cicero 2. de Leg. Eos non study & delectationis, sed Reipub. causa Leges civitatibus suis scripsisse: quorum prius Platonem vult innuere fecisse in suæ Politiæ informatione, quam tot seculis nondum ulli mortalium sint secuti.

Proximum jam est, ut ad Nomothesiam ipsam accedamus: quæ quidem in plerisq; omnibus sui partibus adeò pia, proba, sancta, sana ac sobria est, ut penè dubitem, an vel à Mose ipso reprehendi possit aut corrigi. Veri notitiam Dei, qui tantùm in Israële notus est, semper excipio. Nostis autem, optimi Auditores, Platonem, & ejus æmulum Ciceronem à Legislatore postulare, ut proœmio utatur: Quanquam Seneca nihil sibi videri dicat frigidius, quam Legem cum Prologo, quod proprium ejus sit munus, jubere, non suadere, aut disputare. Utra sententia sit melior, in præsentia nihil attinet disputare. Horum quidem, de quibus agimus, uterq; luculentum suæ Nomothesiæ proœmium præmisit: quo priusquam ipsam recitarent Legem, de laude ejus dicerent, & civibus suis aliquid etiam persuaderent; non vi ac minis rem gerere velle viderentur. Quare hoc efficere studuerunt, ut qui parent, non solum obtemperarent, obedirentq; magistratibus sed etiam ut eos colerent, diligerentq;, ut cum Cicerone loquar. Etsi autem prolixius referuntur ab auctoribus eorum Proœmia: nos tamen pro hoc tempore brevem illorum quasi summam conficiamus: &, quia in plerisque capitibus conveniunt, utrumque conjungamus.

Principio igitur & ante omnia civibus suis hoc persuasum esse voluerunt, Quod sit DEUS aliquis supra nos, qui quæ nos gerimus, audiat, & videat, & arbitretur, ut Plauti verbis utar. Eosdemq; cives jusserunt oculis animoq; contemplari hoc sublime candens, hoc inquam aspectabile cælum atque hoc Universum, ejusq; ornatum pulcerrimum, & ordinem constantissimum, & concentum suavissimum secum perpendere, quæ neq; hominum sint opera & multò minus fortunæ & casus. Eundem porrò Deum religiosè, sanctè, castè ipsis colendum esse, ut omnium, quæ in vita sunt bona atq; honesta, auctorem & approbatorem: malorum verò facinorum osorem ac vindicem. Colendum autem esse ritibus patriis. Omnium item consiliorum & actionum ab eo capiendum esse primordium. Animum quemq; suum ab omni malitia, improbitate, turpitudine purum, castum, integrum, intaminatumq; conservare debere: quòd numen cæleste non tàm sumptuosis & magnificis improborum hecatombis & sacrificiis, quàm bonorum virorum justis & honestis factis ac moribus delectetur.

Non tàm igitur pœnarum civilium metu, quàm propter concordiam & amicitiam cum Deo à malis facinoribus abstinendum esse. Nulli enim improbo

ac

ac scelerato Deum esse amicum, aut sese sociare: cum nullus improbus sibi ipsi sit amicus: sed perpetuis animi tumultibus agitatus, à semet ipso dissideat. Probitatem verò & virtutem, morumq́ sanctimoniam esse maximum & perfectissimum sacrificium, quod DEO ab homine possit exhiberi. Quòd si vir bonus ab improbo se muneribus adfici nolit, quid de Deo cogitandum? In quo animi proposito ut quisq; constanter perseveret, semper sibi ante oculos proponere debere diem vitæ extremum: quo die facinorum præteritorum memoria & conscientia sese excrucians animus ac torquens, facta ea nolle, ac detestari maximoperè soleat: sæpè etiam ad odium immane sui ipsius & omnium adeò rerum (quam desperationē vocamus) adigatur. Quòd si quis sit animo ad scelera propenso atq; proclivi, ei malo duplex ū esse remedi, ut nimirum & templa & aras ac delubra Deorum frequentet, sacrisq́; vacet, assiduis utens ad Deum votis, rogationibus ac supplicíis, & bonis viris sese adjungat, quorum consuetudine & sermonibus de virtute, de honestate, de officio, à pravis cogitationibus ac libidinibus avocatus, melior efficiatur: Idq́; tàm diu esse faciendum, quo ad virtutis amor in naturam cujusq; vertat: vitiorum autem semina radicitus evellantur.

O viros, ô Legislatores præclaros atque divinos! qui eam animis civium inserere voluerint opinionem, à qua omnia laudabilia & honesta instituta & facta proficiscuntur: eam contrà, à qua una, quicquid usquam turpitudinis ac scelerum ab hominibus perpetratur, tamquam è fonte ebullit, ex iisdem evellere atque extirpare. Quàm verò metuendum est, ne hi Ethnici in extremo illo & censorio die contra multos nomine Christianos consurgant, eosq́; impietatis condemnent! Quemadmodum de Regina Austri & aliis Salvator noster ait.

Scribit Plato lib. 12 de Rep. Perjuria trium ferè causarum committi ex aliqua: vel quod homines Deum nullum esse credant: vel si quis sit, hunc tamen negligere rerum humanarum curam, nec gratia tangi, nec ira commoveri, nec sibi exhibere negotium nec aliis, ut Epicurus dicebat: vel denique si & sit Deus, & rerum humanarum procurationem habeat, & irascatur sceleribus: posse tamen hunc vel exigua placari victima atq; exorari ut & pœnæ gratiam faciat delinquentibus, & iram omnem remittat. Quod ille vir gravissimus & sapientissimus ait de perjurio, ne putemus, id perjurii solius esse proprium. Omnia flagitia, omnia scelera, ex hoc fonte promanant, quod fatuus & impius in corde suo dicit: Non est Deus: Non videt nos Altissimus: Quando ad me veniet? ut scriptura sacra passim loquitur, & Juvenalis quoque Satyra XIII.

Rectè

Rectè igitur atque ordine Legislatores nostri fundamentum hoc Reipub. & Legum suarum posuerunt, ut qui scirent, non tàm humanis imperiis ac legibus quàm divinæ ultionis metu Rempub. contineri. Unde & Apostolus magistratui obtemperandum esse præcipit, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργήν, ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν συνείδησιν.

Et hæc de Procemiis illorum breviter referre visum est, cum quidem multò plura possem. Nunc ad ipsa Legum capita venio: & primùm Charondæ. Ex quibus cum non nulla sint cum aliis Legislatoribus ipsi communia, nos hic tantùm propria quædam persequemur. Primùm igitur Aristoteles dicto loco ab eo institutum esse scribit Judicium falsi testimonij, sive ψευδομαρτυριῶν δίκην, *ut ipse vocat: Quod Leges Decemvirales quoque apud Romanos capital esse voluerunt. Sanxerunt enim, teste Sex. Cæcilio JC. apud Agellium, lib. 20. cap. 1. ut qui falsum testimonium dixisse convictus esset, de saxo Tarpeio dejiceretur: (quam & Incesti pœnam apud eosdem fuisse ex Seneca lib. 1. controvers. 3. & ex Tacito intelligimus.) Quæ lex si non abiisset postea in desuetudinem, putat Cæcilius, pauciores extituros, qui falsum testimonium dicant: quòd maleficij ulciscendi acerbitas benè cauteq́; vivendi sit disciplina. Hodie autem non potest quis ita damnari, ut de saxo præcipitetur. l. 25. §. 1. D. de pœnis.*

Proxima est sanctio in Delatores & Calumniasores. Nam si quis alium falsò & per calumniam convictus esset detulisse, eum hac pœna adfici voluit, ut myrica coronatus per urbis vicos ac plateas incedere cogeretur; tum deinde exilio multaretur, ut Respub. hac peste liberata tranquillitate frueretur. Est enim Delator κοινὸς ἀλάστωρ τῆς χώρας, *ut Synesius in Epistolis, & unum maximũ vitæ humanæ malum, adeoq́; humani generis inimicus, ut Impp. Constantinus, Valentinianus & Valens eum appellant. Cod. Theod. lib. 10. tit. 5. Pœnam illam Charondæ, quam dixi, multi, ignominiæ impatientia sibiipsis necem consciscentes, anticiparunt.*

Sequitur aliud caput: Ne cui liceret liberis ex priore matrimonio susceptis novercam superinducere. Qui contrà fecisset ei neque ad honores, in Republic. gerendos, nec ad concilium publicum unquam pateret aditus. Putavit enim Charondas, fieri vix posse, ut qui malè in suos ipsorum liberos consuluissent (quod hujusmodi patres ferè faciunt) ij patriæ Reique publicæ benè consulant: quod & Aeschines Demostheni contra Ctesiphontem gravissimi objicit: Sicut contrà, ἐν τοῖς οἰκείοισιν ὅστις ἐστ' ἀνὴρ χρηστὸς, φανεῖται κἀν πόλει δίκαιος ὤν. *secundum Sophoclem: Idest,* Qui rebus in privis vir est bonus, bonus
Consuevit idem & justus esse in publicis.

Quamquam autem hac pœna secundarum nuptiarum durior alicui fortasse

*** videa-

videatur: notum tamen est etiam jure Romano secundas nuptias pœnis quibusdam constringi, quas ex Codice & Novellis Justiniani petere licet. Neq; certè sine causa. Nam ut B. Ambrosius Hexaem. 6. scribit: Mutato concubitu patres depravantur, prælatis filiis posterioris copulæ, neglectis autem his, qui ex priore progeniti sunt. Unde Euripides ait, Patrem qui liberis prioris matrimonij novercam inducat, primam uxorem ignominia quadam adficere. Nam ut Epigrammatarius fecit: μητρυιὴ προγόνοισιν ἀεὶ κακόν: *usque noverca malum privigno. Latè patet hic locus, ut abundare quis in eo facilè oratione possit. Sed mihi contrahenda sunt vela. Tantùm audite, si placet, Jambos quosdam, qui de Græcis à Diodoro Siculo lib. 12. relatis sic fortaße Latini fieri poßunt:*

Quisquis novercam liberis induxerit,
Suos nec inter sit celebris gloria
Cives, nec ulla ejus sit æstimatio:
Ut qui suis spontaneum rebus malum
Arcessat, attrahens sibi molestias.

Et subjicitur elegans dilemma:

Nam sive matrimonium prius fuit
Felix, in hac felicitate desinas:
(Quis enim secundum huic par futurum spondeat?)
Sive illud haud cessit tibi ex sententia,
Quis est furor, periculum facere iterum?
Nam qui bis uno peccat in negotio,
Re vera eum pro stulto habere convenit.

Durius etiam ille, qui in hanc sententiam pronuntiavit:

Pignora conjugij moriens cui prima reliquit
Uxor, si repetat jura secunda tori,
Quæris quid faciat? propriis incendia miscet
Ædibus, & tectis subjicit ipse facem.

Plato moderatius ac lenius, qui fert legem non cogentem sed suadentem (συμβουλευτικὸν νόμον, οὐκ ἀναγκαστικόν, *ut ipse loquitur: quamquam in suadendo & permittendo virtus legis propriè posita non est, secundum Aristotelem & JCtos:) ut qui liberos habeat ex priore matrimonio, à secundo abstinere velit, sed liberos suos ipse potius educet, quàm novercam eis inducat. Quod quidem si suadendo obtineri posset, optimum fortaßis esset. Unde enim frequentiores liberorum exhæredationes, præteritiones, defraudationes, quàm ex eo, quod parẽtes novercalib. delinimentis instigationibusvé corrupti, injuriam adversus liberos suos testa-*

testamẽto inducunt, malignè circa sanguinem suum inferentes judicium, ut loquitur JC. Idem vice versa & de fœminis iterum nubentibus dici potest: de quibus noti sunt versus Homerici, Odyss. VI. hujus sententiæ:

Quánam sit mulier, notum tibi, prædita mente:
Præsentis studet usque domum amplificare mariti,
Conjugis & sobolis plerumque oblita prioris:
Nec curam illorum fermè gerit amplius ullam.

Imò Constantinus Imp. ait, Fœminas plerumq; novis maritis non solùm res filiorum, sed etiam vitam addicere. His incommodis ut aliquo modo occurratur, benè ac sapienter constitutum est jure municipali inclytæ Reipub. Noricæ, ut post mortem unius conjugis & bonorum fiat descriptio, & liberis tutores constituantur: id quod patre superstite absurdum esset jure civili Romano.

Porrò etiam κακομιλίας δίκην *instituit, nempe ut futuram quoq; & nascentem improbitatem gravissimis pœnis coërceret atq; averteret. Hoc enim boni Legislatoris munus est, dare operam, non tàm ut puniantur qui deliquerint, quàm ut nemo unquam delinquat, si fieri possit, ut alicubi Plato scripsit, & Lactantius cõprobavit. Tametsi ergo in plerisq; Rebuspub. nullæ leges in eos, qui pravis gaudent consortiis, constitutæ fuerint (ut neq; ingrati accusatio usquam recepta fuit, præterquam apud Persas & Athenienses, & apud hos, itemq; apud Ægyptios* ἀργίας *sive inertiæ crimen, teste Xenophonte, Nic. Damasc. Senec. Val. Max. aliis:) hic tamen noster Legislator illos quoq; causam in judicio dicere voluit. Sciebat quippe vir sapientissimus, orientibus malis ac vitiis obstruendas esse vias: Adultam & inveteratã ac robustam improbitatem, quæq; jam radices in animis egerit, vix ac ne vix quidẽ extirpari posse, non aliter atq; morbus, qui jam homini familiaris, & (ut Medicorũ filij loquuntur) hecticus est factus, non amplius ulla ope aut arte medica curari potest. Constitit autem, ferè talem quemq; evadere, quales sunt ij, quibuscum vivit. Unde rectè Euripides apud Diodorum Siculum:*

Si quis malorum gaudeat consortio,
Non quæro quánam hic præditus sit indole.
Sum certus, Iisdem prorsus esse moribus.

Sed neq; cum ijs, qui ob injustitiam publicè à civitate notati essent, quemquam versari aut consuetudinem habere voluit ullam: Quod ad tit. Juris nostri pertinet eum, qui est De his qui notantur infamia.

Huic capiti ad fine est illud, quo jussit, ut etiam à sermonibus turpibus atq; obscœnis cives abstinerẽt: quippe quib. animi etiã benè nati inquinarẽtur, & ingeneraretur eis impudẽtia, quæ, secundũ Xenophontẽ, ad pessima quæq; dux est.

Præclarè namque hoc, ut omnia, Aristoteles lib. 7. Polit. ἐκ τοῦ εὐχερῶς λέγειν ὁτιοῦν τῶν αἰσχρῶν, γίνεται καὶ τὸ ποιεῖν σύνεγγυς. *Et ut proverbium habet Plautinum: Flamma fumo proxima. Et Electra Sophoclea inquit verissimè:* αἰσχροῖς γὰρ αἰσχρὰ πράγματ' ἐκδιδάσκεται: *A turpibus discuntur acta turpia. Charondas itaq; cives suos Persarum similes esse voluit, qui ne dicere quidem fas esse putabant ea, quæ facere non liceret, ut est apud Xenophontem & Nic. Damascenum. Quid quod etiam jure Romano qui turpibus verbis utitur ad virginem aut matronam, injuriam tenetur, licet pudicitiam ejus non attentarit. Priusquam autem hinc abeam, recitabo vobis de pravis sodalitiis Alcæi versus miræ suavitatis, quos retulit Athenæus:*

Ἀδμήτου λόγον ὦ 'ταῖρε μαθὼν, τοὺς ἀγαθοὺς φίλει.
Τῶν δειλῶν δ' ἀπέχου, γνοὺς, ὅτι δειλῶν ὀλίγη χάρις.

Id est:

Admeti tibi fac regula sit cordi, ut ames bonos:
Perversos fugias. Parva enim ab his gratia provenit.

De pupillorum custodia & educatione memorabilis quoque est ejus lex: eaq; hujusmodi: ut bona quidem & facultates pupillorum à propinquis paternis (qui propriè in jure nostro agnati) curarentur & administrarentur: Ipsi verò pupilli apud conjunctos per lineam maternam (qui propriè cognati) educarentur. Idq; sapientiss. consilio & opt. ratione. Ita namque futurum videbat, ut neque materni cognati, ad quos scilicet hæreditas aut successio legitima sive ab intestato non pertineret, insidias vitæ pupilli struere vellent; cui enim bono? & verò agnati paterni, si maximè cuperent, ei tamen insidiari non possent, cum corporis ejus cura non esset eis commissa: Bona autem ejusdem ideò majore cum cura & fide essent administraturi & conservaturi, quòd scirent, ad se eorum successionem esse lege redituram, si quid pupillo humanitus contigisset. Agnoscitis, opt. Auditores, vel me tacente, quàm multa hic insint, quæ cum jure civili Rom. mirificè congruant. Agnoscitis titulum, qui & in Pand. & in Cod. relatus est: ubi pupillus educari vel morari debeat, & de alimentis ei præstandis. Agnoscitis originem legis XII. tabul. quæ erat: Si intestatus moritur, cui suus hæres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Agnoscitis ejusdemmodi alia, quæ evoluere nimis longum. Paulò aliter Solo, ut est apud Laërtium, qui non solum prohibuit curatorem cum pupillorum matre habitare, verùm etiam cavit, ne curator fieret is, ad quem pupillorum facultates post illorum obitum essent perventuræ.

Alio capite ludos literarios aperiri voluit, in quibus ut omnium ex æquo

civium

civium liberi erudirentur, nec paupertini, qui didactra per egestatem solvere non possent, institutione liberali magno cum Reipub. incommodo carere cogerentur, Professoribus & magistris salaria è publico constituit. Videbat enim vir sapiens, quantum in educatione juventutis recta & proba ad Reipub. salutem ac felicitatem; prava ac perversa ad miseriam & perniciem momenti esset. Videbat, quantæ essent literarum utilitates ad omnes vitæ partes omniaq; munia: quarum scilicet beneficio tot tantæq; res tàm publicè quàm privatim expedirentur & conficerentur: epistolæ, Leges, plebiscita, testamenta, pacta, fœdera, contractus & commercia, cautiones, aliáque ad vitam hominum maximè necessaria. Videbat, literarum beneficio & mortuos vivere atq; cum viventibus colloqui, & qui procul absunt, sermones inter se miscere posse: Literas esse, per quas conserventur atq; ad posteritatem transmittantur dicta & facta fortium & prudentium hominum, oracula & responsa divina, Philosophia denique & eruditio universa: ut naturæ quidem acceptò ferendum sit, quod vivimus; literis autem, quod benè beateq; vivimus: ut præclarè hanc legem cõmendans Diodorus Siculus lib. 12. disserit. Hæc igitur cum perspiceret Charondas, Stipendio etiam publicitus præbito magistros constituit: & quidem tantò majore eos honoravit salario, quàm ij, qui ante ipsum medicis pro cura ægrotorum è publico honorem habuerant, quantò præclarius est, animis, qui ignorantiæ perturbationibus agitantur, medicinam facere, quàm sanitatis corporum curam gerere. Unde fit etiam, ut corporum quidem medicis optemus omnes ne unquam nobis opus sit: at cum magistris eruditæ doctrinæ, qui quasi animorum quidam medici sunt, (ut Socratem animorum Aesculapium vocabant) omne vitæ tempus libenter transigere velle debeamus.

Alio capite (quod ex Theophrasti libello De Legibus didicimus) constituit, ut in emptione & venditione statim cum res traditur, numeretur pretium; neque prius dominium transeat in emptorem, aut jus de re vendita dicatur, quàm id persolutum sit. Quam legem observatum est Solonis quoque fuisse: eamq; non modò Plato XI. de legib. secutus est, sed & XII. tabulæ Decemvirorum: ut videre est ex §. venditæ. Inst. de rer. divis. Ejusq; singularis juris de rei venditæ dominio Varro quoque meminit lib. 2. de re rust. c. 2. & Quintilian. Declam. 36. Et hinc opinor fluxit illud, Græca mercari fide, id est, argento præsentario, ut alibi Plautus Asin. loquitur. Sed hoc strictum jus apud Rom. Prudentum auctoritate postea nonnihil dilatatum fuit, idq; propter libertatem commerciorum, quæ sæpè cum detrimento Reipub. admodum impediretur atq; imminueretur, si nulla fieret emptio, nisi in mundo & ad manum

esset pecunia, quæ sæpè etiam idoneis ac locupletibus deest. Sed hac de re commodius & pluribus aliquando ad d. §. venditæ Deo dante explicabo.

Alio capite sanxit, ut capital esset, si quis in concionem armatus venisset: idq; ad vertendas seditiones & cædes, & ut omnes intelligerent, in benè constituta Repub. inter cives non armis decerni controversias, sed legibus ac judicio disceptari & componi oportere. Hanc legem quo pacto ipsemet confirmarit, infra cum de morte ejus agemus, indicabitur. Extra concionem sanè totius ferè Græciæ instituto licebat gladio accinctis incedere; quem morem Aristoteles lib. 2. Politic. c. 6. iis annumerat, qui barbariem quandam redolent: & Thucydides primùm ab Atheniensibus (unde Cicero humanitatem, doctrinam, jura & leges ortas scribit) abjectum esse testatur: Ejusq; amplissimi auctoris testimonium laudat Ammian. Marcellin. lib. 23.

Præterea præcepit, ut ditiores tenuiorum inopiam sublevarent: sed eorum demum, quos non sua culpa, sed aliqua depauperavisset calamitas. Quò pertinent ea, quæ de validis mendicantibus in jure nostro sanciuntur.

Præcepit item, ut senes corriperent juniores, si hi fortè deliquissent, & ut ipsis pudore ac verecundia præirent. Hujus loci sunt, quæ passim à Platone, & potissimum in XI. De Legibus præcipiuntur de correptione peccantium, quam iis permittit, qui non minus quàm xxx. annos nati sint: quæ item à JC. & Impp. tractantur in tit. De emendatione propinquorum, & De emendatione servorum.

Ad hæc vetuit, quemquam civium in Comœdia traduci & catamidiari (Scitis autem vel ex Aristophane, quanta fuerit Comœdiæ veteris hac in re licentia) exceptis adulteris & ardelionibus: teste Plutarcho ἐν τῷ περὶ πολυπραγμοσύνης: *ubi & rationem hujus sanctionis reddit.*

Audivistis aliquot Leges, ad tempus ferè pacis pertinentes. Videamus etiam, quid de re militari constituerit. Mortem pro patria honesto civi oppetendam esse potius, quàm vitam per dedecus retinendam ac producendam, omnibus persuasum esse voluit. In eos autem, qui belli deseruissent aciem, aut omninò arma pro Repub. capere detrectassent, peculiari quodam modo animadvertit. Nam cum alii Legislatores ferè omnes his talibus capitis supplicium proposuissent, & Lycurgi quidem lege lapidea tunica parata esset ei, qui hosti terga obvertens in castra rediisset: Charondas eos muliebri veste indutos in medio foro triduum ipsum jussit desidere. Quæ quidem sanctio præter quod benignior fuit aliis aliorum legibus, simul etiam alios cives exemplo deterruit ab ignavia & turpitudine simili (nemo enim bonus & honestus non multò malebat mor-

tem

tem oppetere pro patria, quàm in patria affici tanta ignominia) tum denique hujus facinoris reos non statim è medio sublatos aliis Reipub. temporibus reservavit ad alterius usum belli, in quo & patriæ prodessent, & copiam haberent, superiorem ignominiæ notam præclaro aliquo facinore eluendi atq; detergendi, seque in integrum restituendi. Idem spectasse in simili lege etiam Aegyptios, scribit Diodorus Siculus lib. 1. pag. 49. Romani quibus pœnis affecerint emansores, desertores & detrectatores militiæ, docet Arrius Menander in l. 4. D. de re milit. aliiq; Jurisconsf. sub eod. titulo.

Alio capite prohibuit, Ne quis defuncto lessum faceret: (agnoscitis & verba & rem XII. tab.) sed bona potius recordatione ac celebratione eum superstites prosequerentur.

Deniq; pro maximis duci sceleribus voluit, Deorum contemptum, injurias parentibus dedita opera illatas, magistratuum neglectionem ac Legum, & voluntariam, quæ adversus leges fiat, contumeliam.

Ut autem hæ aliæq; ipsius leges (nam plures de industria omitto) robur firmitatemq; obtinerent, præcisè eas sineque exceptione ab omnibus observari præcepit: nec cuiquam permisit, ut de lege, quantumvis illa dura videretur, disputaret ac conquereretur: Sed omnibus tenendum erat illud, quod Socratem dixisse accepimus: Legi quantumlibet rigidæ atq; austeræ, sicut & patri ἀγνώμονι tamen gerendum esse morem. Quam in sententiam tritum est illud ex Ulpiano: Hoc quidem per quàm durum est, sed ita lex scripta est. l. 12. prospexit. §. 1. D. Qui & quib. manum. lib. non fi. Videbat nimirum vir prudentiss. quanta existat confusio & perturbatio omnium rerum in ea Repub. in qua leges levi momento ab uno quoque convellantur, mutentur, abrogentur. Videbat, eum qui leges propter sua quædam incommoda tollere vellet, omnes ad unam abrogaturum: ut Cato apud Livium in suasione Legis Oppiæ lib. 35. disserit. Sciebat Charondas, Eam Rempub. quæ Legibus licet deterioribus utatur, firmis tamen atq; immotis, bonitate multum præstare illi, quæ bonis quidem & præclaris, sed cassis atque irritis: ut gravissimè apud Thucydidem lib. 6. pronunciat Alcibiades, & in eandem sententiam Imp. Augustus differit apud Dionem lib. 52. Ex quo fonte & Prudentum illud manavit principium, Vitandam esse legum correctionem, quantum omninò potest. De quo loco & ab Aristotele in utramq; partem præclarè & copiosè est explicatum. 2. Polit. c. 6. Qua quidem in re Tribonianus noster & Theodora Justiniani Tanaquil gravissimè à multis reprehenduntur, qui leges precio & gratia sæpè fixerint atq; refixerint, & potissimum in Novellis.

Noster

Noster Legislator illud cogitavit, quod Macer JC. eleganter scripsit l. 12. D. de milit. Officium regentis non tantum in danda, sed etiam in observanda disciplina consistit. Ipse de duce belli loquitur: sed idem est in quolibet magistratu togato.

Ne tamen (ut fit) commutatis fortè temporibus & numeris atq; attributis nulla omninò legum, quarum jam manifesta esset iniquitas, mutandi ratio ac via superesset, hoc remedium Charondas invenit: ut qui legis alicujus, quã iniquam putaret, mutationem pro concione suadere vellet, collum laqueo insertum tamdiu haberet, quoad populus de legis mutatione statueret, anné illa Reipub. expediret. Quòd si mutatio placeret populo, & is novam legem vellet juberet: novæ legis ferendæ auctor salvus dimitteretur. Sin aliter caderet, ut è vestigio adducto laqueo suffocaretur. Qua tàm dura conditione adposita, audaciam novas rogandi leges mirum quantum frænavit ac repressit. Tres enim, non amplius, ex omni memoria leges referuntur, quæ apud Thurios hac ratione sint emendatæ, cum earum emendationem ipsa tempora & attributiones postulassent. Quamquam Demosthenes in Timocratem, unam tantùm (de qua primo loco agam) fuisse auctor est. Cum enim pœna talionis proposita esset ei, qui alteri oculum exclusisset, ut ipse quoque oculo orbaretur: luscus quidam, cui adversarius suus crebrò minaretur, se eum ex coclite cæcum facturum (æquo enim laturum se animo unius oculi jacturam, dummodò adversarium suum utroq; excæcatum videret) luscus ergo ille, qui sibi in cæcitate vitam minimè vitalem fore existimaret, ut adversus illius petulantiam ac libidinem tutus esset (quod nostris moribus per mandata de non offendendo consequimur) petiit hoc insuper ad legem illam talionis addi, ut si duos habens oculos coclitem aliquem exoculasset, utroq; ipse lumine orbaretur. Cumq; collum laqueo inseruisset, obtinuit, ut legi subrogaretur, atq; ita dimissus est. Paulò hæc aliter refert Diodorus Siculus: nempe defioculum hunc tum demum istam rogationem proposuisse, cum jam oculus sibi esset exclusus, & commiseratione populi facilè obrogationem impetrasse. Sed parum interest. Illud hic addo, Solonem cavisse lege quadam, ut etiam is utroq; oculo excæcaretur, qui alteri unum duntaxat exclusisset: ut est apud Diogenem Laërtium: quasi scilicet unus oculus huic instar duorum fuerit.

Altera Charondæ lex, quæ hac via abrogata fuit, ejusmodi erat, ut permitteret uxori à viro discedere, & cum alio, quocunq; liberet, matrimoniũ contrahere. Hæc lex cum incommoda videretur cuidam provectæ ætatis homini, sed cujus uxor adhuc esset juvencula, in concionem, ut erat laqueo collum indutus,

indutus, processit, & legi hoc insuper addi rogavit, ut, si qua à marito diverti vellet, ne cui deinceps juniori marito nuberet, quàm prior fuisset. Ita factum, ut & ipse juvenculam suam retineret, & aliis in posterum caveret matrimoniorum conciliata securitate.

Tertio lex erat de virginibus, quæ ἐπίκληροι *à Græcis vocantur: ut ei proximus agnatus, similiterq; ipsa proximo agnato addiceretur: Quam legem & Solon tulit Atheniensibus, ejusq; rei & in Comœdiis sæpè fit mentio. Imponebatur autem necessitas agnato, ut vel duceret eam, vel drachmas ei daret dotis quingentas: Optio inquam dabatur agnato prox. vel ducendi agnatam, vel dotandi. Jam cum quædam pupilla, nobilis quidem, sed pauper, omnibusq; vitæ necessariis destituta, neminem cui nuptum collocaretur (ut fieri assolet) reperiret, ad populum confugit, & in concione cum lacrymis de sua solitudine & contemptione conquesta, facilè obtinuit, ut lex perferretur, per quam sublata electione deinceps omninò, qui genere proximus esset, eam duceret sine dotis datione, nec dotem præstando amplius liberaretur. Sed ne quid dissimulem, hoc institutum, ut novæ legis auctor collum laqueo insereret, ab aliis (in quibus & Demosthenes in Timocratem) Locrensibus tribuitur, & Stobæus quoq; disertè id adscribit Zaleuco: ut conjicere liceat, ab utroq; Legislatore, qui & alia inter se habuerunt communia, introductum fuisse tàm apud Locros, quàm apud Catanenses & Thurios.*

Absolvi Charondæ Nomothesiam, quam fortasse nec vobis retulisse injucundum aut inutile fuit. Ipse quidem eam in epulis festis post Pæanas tanquam necessarium quoddam carmen recitari voluit: quemadmodum & Cretenses liberos suos adsuefacere solitos accepimus ad leges cum quodam concentu & harmonia ediscendas, ut delectatio Musicæ (quæ secundum Alexandrum συνοικειοῦται τῇ ψυχῇ*) pro telo esset ad eas tantò facilius memoriæ mandandas, & ne quem ignorantia excusaret, qui adversus eas quid commisisset. Nam ut eleganter Impp. in l. 9. C. de leg. Leges sacratissimæ, quæ constringunt omnium vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur, &c. Sic & Josephus refert, Leges Dei pueris Judæorum tàm familiariter notas fuisse ex crebra recitatione, ut eas citius quàm propria nomina reddere potuerint. Deniq; Charondæ Legum bonitas eo quoq; non parum commendatur, quod Mazaceni quoq; ne eis usi sint: quos scribit Strabo lib. 12. quendam sibi eligere solitos* νομῳδόν*, qui ipsis esset interpres Legum, perinde (inquit) ut sunt apud Romanos Jurisconsulti.*

**** *Hoc*

Hoc fortean non fuit omittendum, quod Aristoteles scribit Politic. lib. 1. eum domesticos seu familiares eleganti vocabulo appellasse ὁμοσιπύους: Itemque quod apud Athenæum repperi, Dipnosoph. lib. 14. Charondæ nostri modos quosdam Musicos fuisse, qui Athenis etiam inter pocula cantari solerent. Quales autem hi fuerint, non addit, nec legi alibi. Conjiciat quis non absurdè, vel Deorum hymnos continuisse, vel fortium virorum res gestas & ἀνδραγαθήματα, quorum encomio alij ad eorum imitationem excitarentur: ut ex Cicerone Tuscul. 1. & Aeliano discimus: nisi modos illos musicos intelligamus ipsis legibus recitandis adhibitos fuisse.

Sed jam tempus est etiam de excessu Charondæ pauca dicere. Is verò admirandus fuit, ne dicam stupendus. Cum enim legem tulisset eam, quam supra dixi, Ne quis cum ferro in concionem veniret: qui contrà fecisset, statim capite pœnas lueret: ipse aliquando è rure longinquo in urbem rediens, subitò concione indicta ne domum quidem ivit, sed statim, ut erat gladio accinctus, venit in concionem, neque enim de lege sua cogitabat. Quid fit? Admonitus à quodam de admisso contra legem, cum posset vel erroris & imprudentiæ justa excusatione uti (delicta enim sine dolo & certo animi proposito non committuntur) vel culpæ ac delicti, si quod esset, veniam precari, eamq́; (ut erat benè meritus publicè) facilè impetrare: ipse, ne aut aliis calumniandi legesq́; eludendi ansam, aut elabendi occasionem exemplo suo præberet, quam tulerat legem suo sibi sanguine sancivit & corroboravit. Districto namque gladio in ipsa concione inspectantibus civibus incubuit.

Atque hic exitus Charondam tulit, non sorte, non vi, non jure, sed propria ipsius voluntate. O factum viri sapientis & magnanimi sempiterna dignum memoria! Rigidúsne vobis, Auditores, ac præfractus videtur hic animus, & hic spiritus? At quàm multi judices nimium remissi ac lenti? Qui quamvis aliquando fortè admissa in aliis vindicent, suis tamen suorumqúe culpis facilimè ignoscunt, ut Mævius ille Horatianus, & qualis in sacris literis Heli Pontifex, alijqúe συγγνώμονες ἑαυτῶν κριταί. Hunc verò nostrum audire mihi videor tale quid suo facinori acclamantem:

Sic agitur censura, & sic exempla parantur,
Cum judex, alios quod monet, ipse facit.

Ac mihi quidem cum Charonda certasse videtur Romanus ille Manlius Torquatus, qui filium suum, quòd adversus interdictum cum hoste pugnasset,

set, quamlibet victorem, securi percussit. Et regem quendam Tenedium legimus, pœnam, quam adulteris irrogarat, ut scilicet utriq; caput amputaretur, etiam in filium suum exercuisse: eaq; de causa in numismatis à se cusis parte altera securim, in altera binas facies in uno collo sculpsisse ad aliorum terrorem. Simile deniq; severitatis exemplum in se & suos à Zaleuco editum jam mox referam, ubi prius Nomothesiam ejus, sed paucis, exposuero, nam de proœmio Legum ipsius supra jam dictum est.

Ergo post Deum immortalem proximum haberi honorem voluit parentibus, Legibus & Magistratibus. Magistratus autem Legum semel constitutarum custodes atq; executores esse, & pœnas à transgressoribus repetere debere: quòd nullum sit aliud majus in Repub. malum, quàm anarchia, ubi nemo nulla nemini in re obtemperat, *ut de Cyclopibus ait Euripides. Inobedientia enim & urbes universas evertit, & domos singulas pessundat vastasq; reddit, & deserta acie terga hostibus obvertere cogit: cum è diverso obedientia vitam ac res omnium pariter ac singulorum civium stabiliat ac servet: ut praclarè Sophocles.*

Sed neque in judicando magistratus quidquam vel amicitiæ & gratiæ ac misericordiæ, vel odio ac inimicitiæ cujusquam tribuere debere voluit: His enim rebus perverti judicia, ut praclarè Cæsar apud Sallustium & Marcianus JC. in leg. 12. Digest. de pœnis. Eosdem magistratus ijs qui parent venerabiles esse voluit, apud quorum vel conspectum erubescant, & à delictis absterreantur.

Cavit etiam, Ne quis ullam aliam civitatem patria sua cariorem & antiquiorem haberet: nimirum quæ bono civi cum nulla alia civitate aut regione sit commutanda: Quòd qui aliter sit affectus, facili negotio ad prodendam patriam adduci posse videatur. Quam eandem ob causam scitis Lysiam quoq; oratorem graviter reprehendisse id, quod vulgò dicitur: Viro forti omne solum pro patria esse: Et, Patriam esse ubicunq; sit benè. Pindarus tamen in Olympiis putat, quemadmodum navis tutius duabus innitatur ancoris, Ita & patrias plures habere ob varios fortunæ casus utile ac salutare esse. Et de duplici patria supra initio aliquid dicebam.

Neminem etiam civium cum altero implacabiles & immortales exercere inimicitias voluit; sed ut Euripides ait, ἀκρῶν σάφρων ἰνοργησία *(quod ille dicit esse* σοφῶ πρὸς ἀνθρώπους*) quasi paulò pòst in gratiam cum adversario sis*

 reditu-

rediturus: id quod à Bione quoq; præceptum fuisse legimus. Est enim litium ac discordiarum multitudo & infinitas pestis atq; pernicies Reipublicæ, cujus salus & incolumitas concordiâ & amicitiâ civium inter ipsos continetur: Ad quod principium Politicum Jurisconsulti quoq; & Impp. passim alludunt, & pœnas temerè litigantibus varias constituunt. Et quàm sunt stulta immortalia eorum qui mortales nati sunt, odia?

Præterea (ut ex Æliano & Athenæo lib.10. Dipnos. cognovimus) prohibuit capitis pœnâ indictâ, Ne quis civium injussu Medici aut extra causam valetudinis vinum biberet. Norat enim, quantum per ebrietatem committatur delictorum & scelerum, quantaq; ex vino pullulet seges malorum. Ideoq; ebrietatem, metropolim illam vitiorum & incommodorum, à civibus avertere & extirpare funditus, quàm per ebrietatem peccantes duplici pœna cum Pittaco afficere maluit. Benignius paulò Romulus, qui vino fœminis tantùm, ut sexui imbecilliori ac sequiori proposita capitis pœna interdixit.

Adhæc mulctam dici voluit ei, qui ex peregrinatione fortè adveniens quæsivisset, Num quid novi? Pestem enim Rerumpub. esse judicabat curiositatem: tùm quòd necesse sit, proprias res illum negligere, qui alienarum satagit: tùm quod vix reperias aliquem curiosum, qui non idem etiam sit malevolus, & ut coqui pecudum, piscatores piscium copiam optent sibi dari, ita ipse malorum cumulum & res novas ac mutationes præsentium exoptet, ne unquam desit, quo venando & cædendo se oblectet: ut eleganter hanc legem commentando probat Plutarchus ἐν τῷ περὶ πολυπραγμοσύνης. Facit hoc quoq; ad Juris Rom. illustrationem: (l.36. D. de Reg. jur. l.23. C. de testam.) in quo scilicet toties curiositas alienis rebus inhians & se immiscens, vitæq; civilis officia perturbans, reprehenditur & culpæ adnumeratur.

Strabo ex Ephoro hoc quoq; Zaleuci institutum adfert, lib.6. Geogra. quo cautum fuit, Ne delictorum pœnæ amplius essent arbitrariæ, sive in judicum arbitrio positæ; sed legitimæ, certæ ac definitæ suo quæq; crimini propositæ. Sapientissimè quidem certè. Vidit enim, sæpenumerò magistratus ac judices gratia vel odio vel sordibus ita occæcatos habere oculos, ut nullum Juris ac Justitiæ lumen possint intueri. Noverat, eum qui legem præesse velit, rectam rationem sine affectibus rebus præficere; qui hominem, sæpè belluam, quòd is affectuum procellis ferè transversus rapiatur, ut est apud Aristotelem in Rhetoricis. Lex autem (ut eleganter Varro scripsit apud Nonium Marcellin.) neq; innocenti propter simultatem obstringillat, neq; nocenti propter amicitiam ignoscit:

sed

sed ut ait Cicero, cum omnibus una & communi voce loquitur, cum sit recta à Deorum numine tracta ratio. Quod tamen in reprehensionem vocant quidam apud Livium, dum Regem ad Legem inter se contendentes, illum dicunt esse hominem, apud quem gratiæ ac veniæ locus sit: hanc, rem esse duram atq; inexorabilem.

Sed & sumptuariis Legibus (quas aliquot etiam apud Romanos fuisse ex Agellio & Macrobio atq; Ammiano Marcellino scimus) admodum ingeniosè ac sollerter excogitatis luxuriam civium, & quidem potissimum fœminarum, castigavit ac repressit. Nam cum alij Legumlatores plerig; mulctam irrogassent pecuniariam, qui in Leges sumptuarias peccassent: nihil tale Zaleucus: sed turpibus tantùm appositis conditionibus omnia omnibus permisit. Etenim sic demum licere voluit mulieri aurum in mundo suo adhibere, & picta indui veste, si pro meretrice ab omnibus haberi vellet. Honestæ matronæ simplice cultu & veste candida amicirentur. Mulierem ingenuam non pluribus unâ ancillâ pedisequâ & cognatis suis comitatam in publicum jussit prodire, nisi si ebriá vellet videri: Neque noctu foràs eam prodire permisit, nisi si probri ac peccati insimulari vellet. Viris autem prohibuit anulum aureum gestare, & veste Milesia indui, nisi scortorum sectatores & alienorum subsessores cubilium videri vellent: Quemadmodum & Magos Persarum exteriore cultu & usu auri suis interdixisse, auctor est Laërtius lib. 1. Hac autem ratione id brevi assecutus est Zaleucus, & quidem sine pœna, quod alij vix longo tempore graviq; interminata pœna assequi potuerunt, ut cives modestiæ temperantiæq; studerent. Quis enim integræ frontis homo quasi signo propriæ turpitudinis sublato omnium sese risui ac ludibrio exponere voluisset? Sic & Athenis lex fuit, ut meretrices tantùm gestarent vestes floridas ac picturatas: teste Suida & Artemidoro. Et Romæ quoq; olim diversum fuisse meretricium & matronalem habitum constat. (vid. Lips. Comment. ad Annal. Taciti.) Illæ enim lutea veste utebantur: ut scilicet quemadmodum, Plauto teste,

Divortunt mores virgini longè ac lupæ:

ita etiam vestibus ipsis invicem discernerentur. Quare qui matronæ aut virginis pudicitiam attentarit, cum eæ meretricia veste indutæ essent, injuriarũ teneri ab Ulpiano negatur. l. 15. §. si quis virgines. D. de injur. Huc pertinet lex Oppia, quæ Romæ altero bello Punico lata est, Ne qua mulier auri plus semuncia haberet, neu versicolori veste uteretur: quæ quidem duravit eò usq;, donec luxuria Asiatica urbem invaderet & priscam elideret frugalitatem: de quo est apud Livium.

Verùm omissis jam aliis Zaleuci legibus, ne nimium hæc excrescat oratio, unam tantùm hic postremo loco adjungam. Ea est, quam supra dixi proprio exemplo Legislatorem confirmasse. Adulterij pœnas varias apud nationes varias fuisse, nec vobis, opinor, ignotum est, & suo loco ac tempore aliquando explicabitur. (Vide Damhoud. Prax. rerum crimin.) De eodem & Zaleucus legem tulerat, ut qui adulterij esset convictus, ei uterq; oculus excluderetur. Cum autem in eam & Zaleuci ipsius filius peccasset, & adulterij reus esset peractus, jamq; secundum patris sui legem plectendus esset: civitas quidem tota filij crimen patris virtuti ac meritis haud gravatè se condonaturam est professa. At Pater legem urgens, eamq; etiam sua & suorum pœna sanciri potius debere contendens, quàm indulgentia infringi, cum tamen hoc à populo impetrare non posset, ut utroque oculo filius orbaretur, tandem admirabili Justitiæ pietatisq; paternæ temperamento hoc effecit, ut & Lex inviolata servaretur, &, quantum salva lege poterat, affectum filio paternum exhiberet. Igitur unum filio oculum excludi jussit; alterum sibi. Tandem verò, ut Suida annotavit, pro patria fortissimè dimicans mortem oppetijt, ut suo quoq; exemplo alios doceret, quàm sit

Dulce & decorum pro patria mori.

Habetis, Auditores, quæ de Charonda & Zaleuco cognoscere potui memorabilia: quos idcircò volui conjungere, quod vix ovum ovo aut solidus solido (ut est in proverbio) similior sit, quàm institutum & exitus vitæ, ac nomothesia utriusq; horum. Quod restat hanc nostram recitationem, ut vobis non ingratam accidisse patiamini, utq; vos hujus temporis, quod mihi tàm benignè auscultando tribuistis, ne pœniteat, vehementer vos rogo.

De me ipso, deq; hujus muneris mihi ab Ampliss. DD. Scholarchis demandati partibus, nolite expectare dum hic aliquid dicam. Malo enim re ipsa, quidquid in me est eritvé, ad utilitatem studiorum florentissimæ hujus, quam circumfusam video, Juventutis, atq; ad hanc Spartam exornandam conferre, quàm verbis prolixè polliceri. Quorum illud ut præstare possim, Deum Opt. Max. auctorem honestarum legum & ordinis politici conservatorem, omnisq; boni fontem, supplex veneror & oro.

DIXI.

LECTO-

PRÆFATIO.

LECTORI BENEVOLENTIS.

QVoniam noſtri Legislatores in Prooemijs ſupra à me relatis homines potiſſimum mentione ac reſpectu mortis à malis facinoribus deterrēt (exemplo Sapientis Hebræi) idque hoc argumento, quòd unusquisq; ei vicinus conſcientia ac pœnitentia illorum angi ſoleat: cauſam verò hujus angoris non addiderunt, quæ eſt procul dubio, quòd animus conſcius judicium de ſe futurum ac ſupplicia impendētia præſagit ac pertimeſcit (quid enim metueret, qui morte omnia finiri crederet?) ut cōſtet, ne id quidem Ethnicis ignotum fuiſſe, placet hîc ſubjicere PHILEMONIS COMICI IAMBOS præclariſſimos, quos de Græcis aliquando Latinos feci. Extant autem Græci partim apud Iuſtinum Martyrem ἐν τῷ περὶ μοναρχίας, partim apud Euſebium lib. XIII. προπαρασκευῆς εὐαγγελικῆς. & Clementem Alexandrinum Stromat. lib. V. Qui tamen duo poſteriores ad DIPHILVM auctorem eos referunt. Sed cujuscunq; ſint, præclariſſimi certè ſunt verſus, & digni quorum hîc quoque legatur ſententia: quæ eſt hujuſmodi:

Túne arbitrare mortuos, Nicoſtrate, (al. Nicerate)
In omnibus qui deliciis, dum viverent,
Seſe volutarunt, humo ſic obrui,
Exinde Numen æviterno tempore
Ut lateant, atq; ab hoc fuga ſe ut eximant?
Sunt Juſtitiæ, quæ cuncta cernant, lumina.

Nam

Nam credimus duas ad inferos vias,
Quarum una justorum; impiorum est altera.
Quòd si pios & impios eadem manet
Fortuna, quin feras, clepas, & harpazes
Quidquid queas, & ima summis misceas,
Quid obstat? Error, ô bone, ne te fascinet.
Sua quemq; defunctum manent arbitria,
Quis præsidebit omnium Rector DEUS:
Cujus tremendum nomen effari haud queam:
Peccantibus qui sæpe vitam prorogat.
Si verò quis mortalium mala indies
Dum perpetrat, se clam Deos fore æstimat,
Falsò æstimat, sese inq; retia induit,
Donec Deûm paullum quiescit ultio.
Videte vos, quîs fabulæ sunt Numina:
Est est Deus. Sed si quis egit nequiter
Pravæ indolis, tempus lucrifaciat sibi.
Pòst namque pœnas tempore elapso dabit.

CONRA-

CONRADI RITTERSHUSII

IN INSTITUTIONES JURIS JUSTINIANI SACRATISSIMI PRINCIPIS COMMENTARIUS.





SOlent qui libri alicujus interpretationem aggrediuntur, initio & de ejus auctore, & de ipsius libri utilitatibus & laudibus aliqua dicere. Horum prius quo minus hîc à me fiat, in causa est, quod Imp. Justiniani (cujus Institutiones explicandas suscepimus) vita atque res pace belloque gestæ à doctissimis viris diligenter, accuratè & fideliter descriptæ sunt: ut ab Ægidio Perrino, Francisco Hotomano, & nuper omniũ optimè ac copiosissimè à CL. V. Hub. Giphanio, præceptore sive (ut Dd. nostri loquuntur) Domino meo sempiterna grati animi memoria colendo. Ad hos igitur, & ad ipsos fontes unde illi hauserunt, Procopium, Agathiam, Cedrenum, Corippum & alios, vos, Auditores optimi, remitto. Breviter tamen memoriæ causa hæc de eo annotari possunt: Justinianum natum fuisse ex sorore Imp. Justini I. qui ex clarissima Aniciorum familia oriundus fuit. Eundem deinde ab avunculo suo adoptatum fuisse: unde patrem suum vocare solet Justinum §. *Est & aliud. vers. sed primus quidem. inf. de donat.* §. *Cæcus. inf. Quib. non est permiss. fac. testam. Nov. 140. in pr.* ubi & elogium ejus insigne addit: A patre nostro (inquit) sacratissimo principe: qui pietate atque sapientia omnes quotquot unquam imperarunt superavit, &c. Ab hoc igitur Imp. non solum in filium adoptatus est Justinianus, sed & imperij consors tandem factus: in quo tamen tantum quatuor menses unà vixêre, nimirum à festo Paschatis, (quod in Kal. Aprilis tum incidit, *Nov. 47.*) usque ad KL. Augusti. Ex quo tempore solus ipse imperauit annos XXXVIII. M. VII. D. XIII. Uxorem habuit Theodoram, feminam imperiosam & regnandi cupidissimam: in quam meritò usurpes illud quod est apud Aristotelem in Politicis relatum de Jasone, qui se esurire vel cruciari dicebat si tyrannidem non obtineat. Hæc etiam Eutychiana hæresi contaminata fuisse dicitur. Cum autem Imp. ei nimium addictus & uxorius esset, multa in ipsius gratiam privilegia mulieribus concessit tàm in Cod. quàm in Novellis: quo nomine graviter reprehenditur à Joanne Bodino *in libb. de Repub.* & ab aliis. Liberos ex ea nullos suscepit, nisi filiam unam: Ideoque sororis suæ filium Justinum II. adoptavit, ut ipse antea ab avunculo adoptatus fuerat: eumque in imperio successorem reliquit: exemptus rebus humanis anno ætatis 84. Fuit autem princeps religiosissimus prope ad superstitionem. De viris præclaris & illustribus, quorum opera & consilio ad tantas res tàm in

pace quàm belli gerendas usus est, similiter videantur historici, & in primis Commentarius Giphanij de Justiniano. Præcipui verò sunt, Belisarius, Narses Eunuchus, & Fl. Germanicus, fratris ejus filius. Et hi quidem militiæ. In pace Tribonianus, ejusque XVI. collegæ, qui in Præfationib. Pand. & Cod. nominantur: item Joannes, & Menas. De laudibus quoque & utilitatibus harum Institutionum quò minus multa dicamus *Iac. Cujacius* facit, quo nemo eas luculentiore verioreque affecit encomio. *lib. XI. obs. c. XXXVIII.* Videatur & *Viglius Zuichemus in Præfatione ad Carolum V.* quæ Græcis Theophili Institutionib. Præfixa est. Vide *& Azonem initio Summæ Institut.* De nomine Institutionum quæsitum fuit, Institutionésne an Instituta potius dicenda essent? Resp. breviter, Si proprietatem & usum linguæ Lat. spectemus (quam Laurentius *Valla in libb. Elegantiarum* rectè urget) melius est hoc significatu vocabulum Institutionum quàm Institutorum. Hæc enim duo verba [Institutiones & Instituta] ita differunt in usu latinè & propriè loquentium, ut Institutiones quidem sint elementaria quædam doctrina & informatio tyrannorum, quasique manuductio vel ἀγωγὴ quædam ad doctrinam altiorem ac difficiliorem. Sic eo titulo Lactantius Firmianus Institutiones divinas scripsit: Fab. Quintilianus oratorias: Erasmus & Cagnolus Principis: Aldus, Urbanus Bellunensis Clenardus & alij Grammaticas: nostra ætate celebres aliquot Theologi Christianas seu religionis Christianæ: alij alias. Sic Juris Institutiones veteres Jurisconsulti, qui in Indice P. Fl. præfixo commemorantur: Florentinus XII. Ælius Marcianus XVI. Domitius Ulpianus II. Julius Paulus item II. Callistratus III. & (quem se Justinianus maximè imitatum profitetur) Titus Gajus IV. Et hos procul dubio intellexit auctores cum ista scriberet *Lactant. lib. 1. c. 1.* Si quidem prudentes & arbitri æquitatis Institutiones civilis juris compositas ediderunt, quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent: quanto melius nos & rectius Divinas Institutiones literis prosequemur? in quibus non de stillicidiis aut aquis arcendis, aut manu conserenda, sed de spe, &c. Instituta v. significant mores & consuetudinem seu jus non scriptum: ut de Institutis antiquis scripsit Val. Max. lib. 1. Et Cic. cum his verbis id ὡς παρεμβολὴν jungere solet. More, consuetudine, vita: interdum & cum legibus & jure: ut pro Muræna & alibi, More institutoque majorum: *Item ad Attic.* oblitus consuetudinis atque instituti mei. Sic *in Verrem*: veteri consuetudine institutoque majorum. Idem *pro Cœlio*: vitam & institutum meretricium dicit. Denique *in Pisonem*: Qui civitatis vestræ non leges, non instituta, non mores non jura noritis, &c. Sic elegantiss. scriptor *Corn. Nepos in præfat. lib. De vita excell. impp.* Non eadem omnibus esse honesta atque turpia, sed omnia majorum institutis judicari. Priscianus tamen & Boethius ac Servius neglecta hac verborum proprietate Instituta Ulpiani & Gaij vocant, cum eorum Institutiones laudant. Similiter & has nostras Institutiones Theophilus alijque Græci libentius Instituta appellant, & ipse Justinianus *in constitutione dedit,* quæ Pand. præfixa est: credo propter faciliorem pronuntiandi rationem: quomodo & Digesta brevius dicta sunt pro Digestiones vel Digestanea: & Collecta pro Collectanea. Iidem tamen Græci cum

cum horum librorum testimonio utuntur, sic allegare solent: ut traditur, In prima institutione, in secunda, in tertia, in quarta: pro eo quod est in primo, in secundo, &c. Institutionum libro: Quod & *Cuiac. annotavit c. 3. de divers. temp. praescr.* De auctore & titulo libri tantùm. Sequitur ipsius operis partitio, quod 4. libris constare voluit Imp. exemplo Institutionum Gaij, quem prae caeteris JC. non solum in rebus (quantum per mutationem Juris potuit,) sed etiam ipso librorum numero imitatus est. Retinenda autem est usitata horum librorum distributio: à qua cur recedamus, nihil ab Hotomano proponitur.

Porrò ut sciatur, quid ab hac interpretatione nostra expectandum sit, breviter capita illa recensebo, quae à bono juris interprete observanda esse à doctissimis viris accepimus. Ea sunt: I. Continuatio & connexio singulorum titulorum, sive ut ratio ordinis ubique intelligatur, qui in his Institutionibus est pulcer. II. Ut praemunitiones necessariae praemittantur, quas Graeci προθεωρίας, vulgò Evidentialia vocant. III. Est interpretatio verborum sive terminorum juris. IV. Ut definitiones, regulae & praecepta juris ubique diligenter annotentur. V. Ut exempla sive species facti (vulgò casus) subijciantur, quibus res quae saepenumero praeceptis & regulis involuta, atque ob id obscura est, evoluatur & illustretur. VI. Post definitiones & singularum in his particularum explicationem, divisiones observentur & earum membra ac species.

VII. Rationes & causae decidendi quia plurimum in rerum intellectu perspicuitatis adferunt (cum id demum rectissimè intelligatur, cujus vel rationem videmus, vel causam cognoscimus) ubicunque hoc locus postulaverit, id jus quod constitutum est, ita communiendum erit rationibus, causis & regulis, ut non modò auctoritatem legislatoris, sed etiam constitutionis aequitatem auditor intueri possit: ejusque rei beneficio leges etiam ad alios casus in illis non expressos, argumentando producere. Seneca tamen scribit *Epist. 14.* Jurisconsultorum responsa valere, etiamsi ratio non reddatur. Quod de caeteris juris partibus multò est dicendum magis. Sed suspecta est lex, quae in sui rationem inquiri non patitur. VIII. Ut hae ipsae Rationes decidendi melius intelligantur & in animis haereant, plerunque etiam rationes dubitandi, quibus animus excitetur, praemittendae sunt. ἀπορία γὰρ ἀρχὴ εὐπορίας, καὶ ὁδὸς ἐπὶ τὴν μάθησιν, secundum philosophos. IX. Antinomiae vel ἐναντιοφανῆ quaedam si occurrant, dissolvendae sunt: quamquam hoc etiam ad praecedens caput referri posse videtur. nam & Antinomiae sunt dubitandi quaedam rationes. X. Ut usus hodiernus monstretur, & quo pacto quaeque res hodie in foro appelletur. Neque enim tanquam in jure Romuli consenescere debemus, neque jus cognitionis causa tanquam antiquae fabulae discendum est, sed actionis & usus, ut aliquando ex umbra scholarum in lucem fori & judiciorum id proferamus. Secundum haec igitur capita nostram quoque interpretationem, quantum fieri potest, instituemus & moderabimur, si non omnia literis mandando, saltem obiter quaedam recitando, aut loca indicando, unde cetera petantur.

AD PROOEMIUM INSTITTUTIONUM.

Præmittitur Institutionibus ipsis Prooemium: quod tametsi Institutionum pars non sit, non magis quàm tres illæ Præfationes ante Pand. & Cod. positæ: breviter tamen à nobis explicandum videtur prius quàm ad ipsorum librorum ac titulorum tractationem veniamus. Continet enim multa præclara, quorum notitia ad totam compositionem Juris Justiniani animo comprehẽdendam non modò utilis sed etiam necessaria est. Quod ad inscriptionem attinet, IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI more suo solens facit Imper. Christianus, & (ut ex multis rerum argumentis apparet) princeps admodum religiosus, ut ab invocatione divini nominis ordiatur. Ita enim & in *l. 2. C. de off. præf. præt. Africæ*: In nomine D. N. Jesu Christi (inquit) ad omnia consilia omnesque actus semper progredimur, &c. Idemque & in aliis constitutionibus initio Pand. & Cod. facit. Rectè sanè atque ordine. Nam si Ethnici, veri Dei ignari, existimarunt, Omnium rerum agendarum à Diis immortalibus capienda esse primordia, nihilque non auspicato ordiendum, ut ex Cicerone discimus *lib. 1. de Divinat. & 2. de ll.* itemque *ex Plinij Panegyrico in pr.* (unde illa solennis præfatio apud eos: Quod felix faustumque sit &c. & ille olim præcepit minimè fatuè sed sanctissime, quamvis & Origeni fatuus & Chrysostomo νοῦς καὶ μάγος habitus Pythagor. ἀλλ' ἔρχευ ἐπ' ἔργον θεοῖσιν ἐπευξάμενος τελέσαι: id est: Ne te operi accingas, nisi Divos ante precatus) hæc ergò cum fecerint pagani quid faciendum est Christianis? quibus præcepit Apostolus ex Propheta, ut quidquid agunt, incipiant in nomine Domini, & ad illius gloriam omnes suas actiones, omnia consilia, omnia instituta referant. Quod autem occasione horum verborum quærunt Dd. Anne etiam in Instrumento à Tabellionibus ea necessariò sint apponenda, ita, ut his omissis illud vitietur, tanquam substantiali sui parte destitutum: id alienum videtur multis explicare, in initiis præsertim hujus studij. Plerique tamen negant, eorum omissione instrumentum vitiari, nisi aliud in illa regione, ubi instrumentum fit, constitutum usúve receptum sit. Sequitur in inscript. (Imperator, Cæsar.) In singulis Justiniani cognomentis explicandis immorari nec operæ pretium & nimis longum esset. Videantur de his Interpretes. Hoc tantùm admonendum, Quædam horum esse Justiniano cum anterioribus principibus communia; alia ejus propria, quæ à devictis nationibus, gentibus ac provinciis assumpsit, more antiquitus jam recepto, qui à Coriolano primùm ortus esse dicitur: Ex quo Reip. Rom. florentis tempore appellati sunt Asiatici, Africani, Numidici, Parthici, Armeniaci, Britannici, Cretici, Germanici, &c. Sic *Herodianus lib. 3.* scribit, Senatum Severo Imperatori decrevisse omnes honores, & appellationes à gentibus quas subegerat. Ea verò ipsa nomina debellatarum nationum triumphantibus in pomparum ferculis præferebantur: ut videre est ex *Tacito lib. 1. & 2. Annal.* Notandum, Imperatoris verbo aliter usos esse Romanos Reip. tempore. nam hoc nomine ij tunc indigitabantur, qui ab exercitu ita salutati essent, posteaquam cum hoste conflixissent. Sic & Cicero & Cato & Pompejus, alijque, Imperatores appellati fuêre. De quo more insignis est apud Tacitum locus *in fi. 3. Annal.* Tiberius (inquit) id quoque Blæso

tribuit,

tribuit, ut Imperator à legionibus salutaretur, prisco erga duces honore, qui benè gesta Rep. gaudio & impetu victoris exercitus conclamabantur: Erantq; plures simul Imperatores, nec super cæterorum æqualitatem. Concessit quibusdam & Augustus id vocabulum: & tunc Tiberius Blæso &c. Aliter occupata iam unius dominatu Republ. inde usque à Jul. Cæsare. Hi, cum regium nomen maximè Romanis propter Tarquinii superbi tyrannidem & crudelitatem, exosum esset, (ut & dominorum) Impp. & Cæsares & Principes nominabantur à Græcis tamen βασιλεῖς, interdum, & αὐτοκράτορες. Videndus etiam Appianus *in Procemio historiar.* ubi ait: C. Cæsar cæteris ætatis suæ potentior, ubi principatum suum stabilivit, speciem quidem Reipub. nomenque reliquit, sibi tamen imperium in omnes usurpavit: & sic in hodiernum uni parent omnia, quem nō Regem dicunt propter religionem opinor iurisiurandi veteris (expulsis enim Regibus obstricti fuerant jurisjurando Romani, neminem Regem se passuros) sed Imperatorem nominant: quæ appellatio communis est eorum etiam, qui ad certum tempus præsunt exercitibus. Sed revera omnino Reges sunt, adde eundē *lib. 2. de bello. Ciuil.* in historia C. Cæsaris cæsi & funerati & in Divos relati seu ἀποθεωθέντος. Cæsares perpetuo quodam Epitheto, quemadmodum Ægyptii olim Reges Pharaones, & postea Ptolomæi nuncupabantur: ut ex Iosepho videre est *lib. 8. Antiquit. cap. 2.* & latius testimoniis B. Hieronymi, Ambrosii & Augustini probat Jan. Drusius *2. Miscel. cap. 92.* Quamquā initio Cæsares vocarentur, qui vivente etiam Imperatore successores eius designati erant. Cętera cognomenta: Pius, Felix, inclitus &c. ex faustis, lætis ac solemnibus acclamationibus nata sunt. Solebant enim cives & subditi ita acclamare Imperatori: Vivat princeps: sit felix: sit hostium victor: It. De nostris annis augeat tibi Jupiter annos: Tales acclamationes etiam in sacris literis extant non solum in V. Test. sed etiam in historia regii ingressus D. N. I. C. in urbem Hierosolymam: Sed & Senatus honoris causa quædam illis decernebat. Sic patres patriæ appellabantur: quod nomen honoris etiam Ciceroni & quidem primo omnium tributum est, vel Juvenali teste:

Roma patrem patriæ Ciceronem libera dixit.

Sic Appianus *lib. 2. de bello Civ.* ut haud dubie, tum (extincta videlicet conjuratione Catilinaria) Servator patriæ sit habitus: quamobrem etiam gratiæ sunt ei actæ publicè, & auctore Catone post varias acclamationes populi Pater patriæ consalutatus est. Cujus appellationis honor, ut tum ante omnes suo meritò ei contigit, ita nunc Impp. duntaxat dignis solet tribui. Nam ne his quidem quamvis regiam potestatem adeptis statim cum cęteris cognominibus hoc quoque additur, sed vix tandem, ut absolutæ virtutis testimonium publico decreto conceditur.

Sic *Suetonius in Tiberio cap. 17. scribit:* Tiberium pium & invictum à Senatu dictum fuisse. Sic Optimus princeps Trajanus ab eodem Senatu salutatus fuit teste Plinio in Panegyrico: Unde non frustra hoc ipsum cognomentum ei tribuit Imperator Justinian. in hoc ipso opere Institut. Dicebantur & Optimi Maximique: quæ Epitheta alias Jovi tribuebantur, ut intelligeretur scilicet, divino

munere fungi & Dei vicem repræsentare Imperatorem. Unde Poëtarum princeps:

Iupiter in cælis, terris regit omnia Cæsar.

Item Martialis.

Divisum Imperium cum Jove Cæsar habet.

Sic Papinianus *in l. 8. D. de vocat. & excus. mun.* Opt. Maximusq; princeps noster Severus Augustus. Felicem primus se appellauit L. Corn. Sulla Dictator, teste Plinio *lib. 7.* cuius filius dictus est Faustus: Sed profectò nemo patre infelicior fuit: qui post infinitam crudelitatem & libidines tandem phtiriasi consumptus perijt. Quod autem quidam volunt, Justinianum in bellis etiam Callinici cognomentum habuisse, idque ex Procopio probare conantur: in eo ipsis non assentior. Nam acclamatio illa communis fuit: τήνελλα καλλίνικε, τήνελλα καλλίνικε: ut ad Oppianum jam olim probavi. Quærunt hîc Dd. occasione nominis, Augusti (quod ab augendo potius quàm ab augurio plerique contra auctoritatem Suetonij putant) possitne Imperator & Rex, ea quæ regni & imperij sunt, deminuere, distrahere & alienare. Sed ea quæstio ad jus publicum pertinet; de qua videre licet Bald. *in proœm. feud.* Canonistas *in cap. non liceat. 12. q. 2. & in c. intellecto. ext. De jureiur.* Breviter ita distinguendum videtur. Aut imperium & jus principis lege definitum est, per quam non liceat ei publica jura deminuere aut alienare: (ut hodie est Romani Imperatoris) Et huic tali principi non est jus, regni jura aut loca alienare sine ordinum seu Statuum consensu. Aut imperium habet plenum ac liberum, nec ulla lege regni ullóve pacto, quidquam alienare prohibetur. Et huic jus ac potestas est suo arbitratu, etiam citra ordinū & subditorum consensum oppida, vectigalia, aliave jura publica (quæ regalia vocant *cap. un. Quæ sint regalia, lib. 2. In usib. feud.*) donare, vendere, permutare, testamento relinquere, alijsque legitimus modis deminuere aut alienare.

Cum enim priuatis jus sit, ut rerum suarum dominium aut iura alienare ac minuere possint, *arg. l. 21. C. Mand. l. 19. dudum. C. de contr. empt. l. 2. D. Si à par. quis manu. sit*; iniquum certè fuerit, principi hoc jus in suis reb. denegare, eumque deterioris conditionis facere quàm quemlibet privatum. Fuit autem Augusti nomen commune omnium Impp. Romanorum usque ab Octaviano Cæsare, qui primus Augustus est dictus: ut & sup. de Cæsaris nomine dixi; quibus adde insignem servi locum, ad illa 6. Æneid. Sylvius Albanum nomen: postea (inquit) Albani omnes reges dicti Sylvij sunt ab hujus nomine, sicut hodieque Romani Impp. Augusti vocantur: Ægyptij, Ptolomæi, Persæ, Arsacidæ, Latini Murrani &c. Porrò quendam quasi cumulum pulcerrimorum cognomentorum Imperatoris hic adscribere operæ pretium duxi ex Aur. Prudentio *contra Symmach. l. 2.*

——— Caput Augustum diademate cinxit,
Appellans patrem patriæ, populi atque senatus
Rectorem, qui militiæ sit Ductor, & idem
Dictator, Censorque bonus, morumque Magister,
Tutor opum, Vindex scelerum, largitor honorum.

His enim

His enim luculentis versibus claudit locum insignem de formâ Reip. Rom. sæpius mutata.

Cupidæ Legum juventuti) His verbis duo requisita vel officia Studiosi Juris exprimi volunt Dd. I. Ut sit discendi cupidus II. Ut juvenis. Sed primum non magis in Juris studioso, quàm in alterius etiam cuiuscumque artis ac disciplinæ requiritur: absque quo nihil unquam præclarum in ulla arte effectum est. Invitos enim canes venatum ducere, vt ait Plautus, stultitia est: & verissimè à vetere Poëta dictum est hoc apud Ciceronem pro Sestio: Sed te id, quod multi invideant multique expetant, Inscitia sit postulare, si tu laborem summa cum cura efferas nullum. Contrà, Amor magister optimus, teste Plinio in Epistolis. Alterum; ut juvenes dumque virent genua, hoc studium incipiamus, rationem habet. Nam & amplitudo ac prolixitas huius studij prope immensa id postulat, ut ocyus incipiamus (Ars enim longa, vita brevis est, ut de sua arte dicit *Hippocrates initio Aphorismorum*) & memoria, quæ teste Cicerone quasi propria est ICti, in juventute maximè viget, semperque cum ætate decrescit. Singula de nobis anni prædantur euntes, *inquit Horat.* Quid quod *Plato in Theæteto ait*, Juventutem docilem, & ad quidvis aptam, habilem atq; idoneam esse: ἡ νεότης πρὸς πᾶν ἐπίδοσιν ἔχει. Quomodo & *Ulp. scribit in l. 37. D. de ædit. ed. vide & Vegetium lib. 1. cap. 4.* mancipia ea quæ rudia sunt, dociliora & aptiora esse tritis & veteranis; quæ reformare difficile est: ut & proverbium habet, Canem vetulum difficulter assuescere loris. Huc pertinet præceptum γαμικὸν Phocylidis; παρθενικὴν δὲ γαμεῖν, ὥς κ' ἤθεα καλὰ διδάξῃς.

Quare utendum est ætate: cito pede labitur ætas:
Nec bona tam sequitur quam bona prima fuit.
Optima quæque dies miseris mortalibus ævi
Prima fugit: subeunt morbi, tristisque Senectus:

ut Virg. gravissimè canit. Et ut *Iuvenalis ait*, ex eoque Ausonius:

------ Obrepit non intellecta senectus.

Estq; celeberrima hęc Platonis sententia, Val. Max. quoque his usurpata verbis *lib. 8. cap. 7.* Nihil quod ad ultimum sui finem perventurum est, non & maturè & celeriter incipit. Hæc tamen omnia non idcirco dicuntur, quasi desperandum omninò sit ijs, qui ætate iam prouectiore ad hoc studium accesserint. Nulla enim ætas ad discendum sera est, ut ille ait: & extant exempla etiam veterum quorundam, qui quamvis serò hoc studij genus incoarant, tamen in ICtos pręstantissimos evasêre: ut Accursium refert Tiraq. *in præfat. De jure primogen. nu. 202. fol. 264.* jam quadragenarium Jurisprudentiæ operam dare cœpisse: alij 37. annos tunc natum fuisse scribunt. Et similia exempla ex vitis ICtorum à Joanne Fichardo descriptis facile est colligere. Sic Cato etiam senex Græcas, & Bartolus Hebræas literas didicisse fertur. De inscriptione Procemij hactenus. Quod ad ipsum attinet procemium, (quod omnium confessione pulcerrimum est) Eius caput ac summa propositio hæc est, quod Justinianus institutiones suo jussu & auspicijs compositas confirmare vult, & plenum robur legum illis tribuere: eas-

que

que studiosis ediscendas commendare §. *Quas ex omnibus in fin. inf.* Quod cum probè intelligeret Theophilus, inscriptionem hanc præfixit: Constitutio confirmatrix Institutionum. ἡ διάταξις ἡ βεβαιοῦσα τὰ ἰνστίτυτα. Ex eo enim quod maximas partes continet, latissiméque funditur, tota res appellatur; teste *Cicerone libr. 5. de finib.* Et ut vulgò ajunt ex *l. 10. D. de statu hom.* A potiore fit denominatio. Huic deinde principali propositioni reliqua tanquam ornamenta & emblemata accedunt, & velut expolitiones quædam: V. G. Quod initio in genere sive in thesi, &(ut Rhetores loquuntur) in quæstione infinita disserit de duplici boni Imperatoris officio: Et mox utrumque ad se in specie seu hypothesi accommodat: ubi & bellorum suorum ac victoriarum, & Juris sua auctoritate compositi historiam texit: Denique quod in comparatione quadam hodiernorum Juris studiosorum felicitatem præ antiquis mirificè prædicat & extollit. Porrò cum hoc procemio conferri debent etiam illa, quæ Pand. & Codici præfixa sunt. Ita enim multa hîc clariora erunt.

Nos hæc capita, quæ indicavimus, breviter exponamus. Primum ergo ut duo sunt etiam *secundum Aristotelem 1. Polit. cap. 3.* Reip. tempora, quæ Imp. consilio & auxilio suo gubernare debet, Pacis unum, alterum Belli: Ita & officium Imp. genuinum est, ut & scientia civili, & rei militaris instructus sit. *Vide Giphan. præfat. in Iliad. Homeri.* Nam tempus pacis dirigit, gubernat ac disponit scientia Politica, & potissimum Nomothetice, quæ illius pars est, *teste Aristotel. 6. Ethic.* Respub. enim sine legib. est corpus sine anima, ut ait Cicero. Belli tempora dirigit στρατηγική, id est scientia rei militaris, sive usus armorum. Quid? quod sæpè etiam in pace ad executionem legum & sententiæ Judicis secundum jura & leges (ut debet) latæ, armis manuque militari opus est? *l. 68. qui restituere. D. de rei vind. l. pen. D. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est. l. ult. C. de his qui latr. recep.* ubi auxilium militare appellatur. Quo pertinet, quod Aristoteles quoque *lib. 7. Polit. c. 9. vult.* Magistratum non tantum adversus hostes externos, verùm etiam propter cives, imperium fortè detrectantes armis instructum esse debere. Tantaque est legum & armorum cognatio (quamvis ferè fiat quod apud Ciceronem dicitur, Silent leges inter arma) ut quasi mutuas operas tradant, & amicè (ut de alia re ait Horat.) conspirent. Nam & arma sine legibus parum abessent à latrociniis, *teste Ambrosio 1. de offic. c. 35.* (unde egregiam legem militarem Vopiscus iu Aureliano refert) & leges sine executione (quæ sæpè, ut dixi, vi & armis facienda est) sunt minæ irritæ & vanæ sine viribus iræ. Qua de causa & Jura dicuntur armari gladio ultore, *in l. 31. cum vir. C. ad l. Iul. de adult.* & Justitia cum gladio pingitur. Et econtrario Tertullianus *initio lib. de Pudicitia* ita exarmata esse jura ut bona ne quidem amplius cogi possint Ex quo eleganter canit *Prudentius lib. 2. contra Symmach.* Lex armata sedet &c. Idem pulcerrimè declaratur *initio tit. De Iustiniano codice confirm.* Summa Reipubl. tuitio de stirpe duarum rerum, Armorum scilicet atque Legum veniens, felix Romanorum genus omnibus anteponi nationibus, omnibusque gentibus dominari tàm præteritis efficit temporibus, quàm Deo propitio in æternũ efficiet. Istorum enim alterũ alterius auxilio semper eguit, & tàm militaris res legibus in tuto collocata est, quàm

eſt, quàm ipſæ leges armorũ præſidio ſervatæ ſunt. Huc pertinet, quod *ait Imper. Nov. 24. in pr.* Remp. Rom. nunquam ex tam parvis principijs ad tantum faſtigiũ pervenire potuiſſe, ut totum penè terrarum orbem ſibi ſubijceret, niſi Magiſtratibus hinc inde in provincias ſubactas miſſis armorum juxta ac legum poteſtatem feciſſet. Concordat plane quod ſcribit Jormandes initio *lib. de Regnorum ac temporum ſucceßione:* Romani (ut ait Jamblichus) armis & legibus exercentes ſeſe, orbem terræ ſuum fecerunt: Armis ſiquidem conſtruxerunt, legibus conſervarunt. Sic *ſext. Aurel. Victor in Trajano:* Duo ſunt (inquit) quæ ab egregijs Principibus expectentur: Sanctitas domi, in armis fortitudo, utrobique prudentia. Sic ſummus Princeps Fridericus Ænobarbus *apud Guntherum lib. 8. Ligur.* Sic Theodoricus Rex *apud Caßiodor. 4. Variar. 6. inquit:* Quid eſt dignius, quod die noctuque aſſidua deliberatione voluamus? niſi ut Rempub. noſtram ſicut arma protegunt, æquitas quoque inviolata cuſtodiat. Ecce, arma & æquitatem (quam paulo ante Juſtitiam dixerit) conjungit.

Sic Sulpitia, doctiſſima Poëtria & velut Romana Sappho, in Satyra quam de Domitiani Imp. temporibus, quòd is Philoſophos urbe exegiſſet, Satyram ſcripſit: Duo (inquit) ſunt, quibus extulit ingens Roma caput; virtus belli, & Sapientia pacis, de quibus Latinis hæc Græca carmina aliquando faciebamus:

ἡ ῥώμη κεφαλὴν δυσὶ πράγμασιν ἦρε μεγίστην.
ἀνδρείης πολέμου καὶ εἰρήνης σοφίης γε.

Parum enim eſt, arma eſſe foris, niſi conſilium ſit domi, *ut ait Cicero.* Bellum autem gerendum eſt, ut pax acquiratur. *c. noli. 23. q. 1.* De adjumentis autem & medijs, quibus utraq; hæc facultas comparetur, præclarè diſſerit doctiſſ. Præceptor noſter D. Giphan. *in præfat. ad Iliad. Homeri.* Notandum & illud obiter: Duplicem in Jure noſtro militiam eſſe, Armatam & togatam *l. 14. C. de advoc. div. jud.* Unde & duplex peculium, Caſtrenſe & quaſi Caſtrenſe *l. 4. C. d. t.* Et hæc de prima Proëmij noſtri ſententia ſive theſi, de duplici officio boni Principis; quod & Homerus expreſſit hoc verſu, quem Alexander Magnus magnifeciſſe dicitur: ἀμφότερον βασιλεύς τ' ἀγαθὸς, κρατερός τ' αἰχμητής: hoc eſt, Bellator bonus & pariter bonus Induperator. Et quod idem Poëta Heroem Aſteropæum περιδέξιον facit, hoc eſt, ambidextrum, id elegantiſſimè Joan. Millæus huc accommodat, cum ad Franciſcum Galliarum Regem ſic ſcribit *præf. prax. Crim.* Oportet Principem tanquam Homericum Aſteropæum dextra pariter ac ſiniſtra manu jaculum intorquere: utroq; tempore præſtare in armis & toga. Et hæc quidem duo illa ſunt ſceptra, quæ Regem exornant, maximum, admirabilem, formidabilem, omnibuſque venerandum efficiunt. Veniamus ad alteram partem, qua demonſtrat Juſtinianus, utramque facultatem in ſe ineſſe: Idque ab effectis ſeu rerum ipſarum ſuis auſpicijs feliciter geſtarum documento ac teſtimonio, nam ubi rerum teſtimonia adſunt, quid opus eſt verbis? Quia nimirum ipſe & Imperium labefactatum jam pridem, & penè collapſum in priſtinum ſtatum repoſuerit, fuſis fugatiſque barbaris gentibus, quæ cum in Syriam Africam & Italiam ſeſe infudiſſent, omnia longè lateque vaſtaverant: Et deinde quia leges ac Jura in tribus operibus comprehenſa collegerit, & unam pulcherrimam conſonan-

ſonantiam adduxerit. Etſi enim ipſe Juſtinian. neque bellis interfuit, neq; operi huic legitimo manus admoverit, (cum ab aliquibus etiam ἀναλφάβητος fuiſſe perhibeatur,) tamen cum etiam inter privatos homines quod quis per alium facit, ipſe feciſſe exiſtimetur. *l. 56. qui mandat. D. de ſolut. c. qui facit. de R. I. in 6.* quantò magis id verum eſt in ſummo principe? qui & ore ferè alieno loquitur. Eſt enim ac dici ſolet Cancellarius os principis. De primo igitur, id eſt, de bellis Juſtiniano auctore geſtis, ſciendum eſt, non omnia ea vel hìc vel etiam in præfat. Pand. & C. enumerari, ſed præcipua tantùm, & quidem ea, quæ ante abſolutam hanc juris compoſitionem confecta ſunt. Nam & poſtea multa ſunt conſecuta: de quibus vide vitam Juſtiniani. Breviter ita ſe res habet. Imperium Rom. à Conſtantio Conſtantini Magni patre & Galerio primum diviſum eſt in Orientale & occidentale: & illius quidem ſedes Byzantij collocata eſt (quæ & Conſtantinopolis poſtea & Nova Roma dici cœpta) hujus verò Romæ in Italia remanſit. Poſteriorum autem Impp temporibus & Vandali in Africam erupetunt, eiusque provincias omnes miſerè depopulati ſunt, & per annos XCV. detinuerunt, omnique crudelitatis genere divexarunt. Syria quoque à Perſis infeſtata eſt. Nec Italia ſuis caruit hoſtibus & harpyis. In hanc enim Gotthi & Longobardi infuſi ſunt. Tandem ſub Juſtiniano vir Heroici animi ac ſpiritus excitatus eſt Beliſarius, qui afflictis rebus opitularetur, & imperium Rom. ita miſerè laceratum ac diſcerptum ab harpyis recuperaret, atque in priſtinam dignitatem reponeret: cum Perſarum quidem rege Choſroë facta pace æterna (quam ἀπέραντον Juſtinianus ipſe vocat, Paulò poſt tamen violatam denuò) Vandalorum autem rege Gilimere capto atque in triumphum Conſtantinopolim ad Juſtinianum adducto: Denique Vitige Gotthorum rege ſimiliter capto: quamquam hoc poſtremum poſt juris compoſitionem & poſt iſtud proœmium factum eſt. Sed his de rebus omnibus videantur *Procopij hiſtoria de bello Perſico, Vandalico & Gotthico. Item l. 1. & 2. C. de off. præf. prætor. Afric.* &c. Hæc ergò ſunt argumenta quæ bellicam virtutem ac ſcientiam rei militaris in Imper. noſtro fuiſſe teſtantur. Hiſtoria porrò juris à Juſtiniano compoſiti breviter eſt hujuſmodi.

Cum infinita eſſet juris Romani perturbatio & confuſio, non ſolùm quod innumerabiles extarent veterum ICtorum libri ad XII. tabulas, ad Edictum perpetuum, ad Sabinum, ad Plautium &c. Opinionum, Sententiarum, Reſponſorum, Epitomarum, Membranarum, Pandectarum, Inſtitutionum, Manualium, Enchiridiorum, Quæſtionum, Regularum, Differentiarum &c. (de quibus vid. Indicem P. Fl.) adeò ut ad duo millia librorum, & tricies centena millia verſuum excreverint: verùm etiam quod Conſtitutiones Imperatorum in tres Codices diſperſæ extarent, in quibus multæ eſſent ſimiles, multæ etiam repugnantes, multæ denique obſoletæ: poſtremò, cum & Inſtitutiones Gaij aliorumque ICtorum ijsdem vitijs laborarent, magno cum incommodo diſcentium: Juſtinianus ad emendationem totius juris animum adiecit. Hoc autem ordine & hac via rem aggreſſus eſt atque expedivit. Primò Codicem componi mandavit Triboniano ejusque Symmyſtis & collegis, idque altero ſtatim imperij ſui anno. Et

is annuo

is annuo spatio absolutus est. In hunc relatæ sunt omnes omnium Impp. Constitutiones, inde usque ab Hadriano Edicti perpetui auctore ad Justiniani tempora. Pro tribus igitur Codicibus, Hermogeniano, Gregoriano (qui duo sub Diocletiano & Maximiano Impp. privata auctoritate à duobus Juris studiosis compositi sunt) & Theodosiano (qui à Theodosio Minore Majoris nepote nomen habet) Justinianus deinceps nos uno tantùm Codice à se Justiniano appellato, uti voluit. In Hermogeniano fuerunt tantùm Diocletiani & Maximiani constitutiones: In Gregoriano & hæ ipsæ, & priorum quoque Imperatorum ab Hadriano omnium: In Theodosiano constitutiones eorum Impp. qui inde usq; à Constantino Magno Diocletiani & Maximiani successore ad ipsum Theodosium Juniorem vixerant, ferè per CXX. annos. In Justiniano delectus est habitus omnium illarum Constitutionum, quæ in tribus istis Codicibus continebantur: & reiectis superfluis, similibus seu iteratis, item pugnantibus & antiquitatis, retentæ tantùm utiles & inter sese congruentes: additę etiam Novellę Imperatorum, quæ post Theodosianum editæ essent. Atque hæc prima fuit Codicis compositio & editio, quæ Pandectarum compositionem antecessit. Eam postea secuta est altera, id est Codex repetitæ prælectionis, quo hodie solo utimur, cum prior interciderit. Causa secundæ editionis fuit, quod inter Juris veteris enucleationem ac collectionem in Pandectis componendis multæ occurrebant ICtorum veterum controversię ac dissentientes opiniones (ut fit) quæ non nisi imperiali auctoritate ac decisione componi possent. Hinc aliquot Decisiones Justiniano natæ, quas ad suggestionem atque consultationem Collectorum suorum & νομοςα ψαδῶν editit, numero quinquaginta: Quę ne extra Codicē quasi extra corpus & extra septa vagarentur, ei inserendæ & velut in unum cogendæ fuerunt. Hæc ex tribus Codicis præfationibus petenda sunt. Deinde Pand. seu Digestorum compositio secuta est: primam inquam Codicis compositionem: Altera enim posterior est Pandectis. In hæc veterum Jurisconsultorum scripta circumcisa & truncata retulit, per eundem Tribonianum, & XVI. eius collegas: & quidem ad ordinem plerumque Edicti perpetui quem & in Codice, quātum posset, observari voluit. Justinianus hoc jus nunc vetus appellare solet; *tot. tit. C. de vet. jur. enucl. l. ult. C de injur. &c.* Nunc veterum prudentiam, *ut in §. Quarum utramque vers. & cum sacratißi. inf.* Nunc antiquum jus, *ut in tit. Dig. de divers. reg. jur. antiqui* (non quod antiquatum sit aut vetustate abolitum & obsoletum, sed quod Constitutionibus Imperatorum sit antiquius) nunc antiquam sapientiam, *ut l. 2. C. d. t.* Nunc mediam Jurisprudentiam *§. cæterum vers. media autem Iurisprudentia. Inst. de legit. agn. success.* quod inter leges regias, ac XII. tabularum, itemque Constitutiones Imperiales media & interjecta esset: Nunc denique jus enucleatum, *ut in Inscriptione Pand. & tit. C. de vet. jur. enucl. & t. C. de emend. Cod. Iustin. & l. max. vitium* C. *de liberis præterit ubi.* Compositores juris enucleati.

Titulus hic ad imitationem veterum factus est. Nam & Modestinus IC. librum singularem scripsit de enuncleatis casibus, & Caper vetus Grammaticus de sermone enucleato, q. dicas exquisito, selecto & optimo *teste Servio in 12.*

 Æneid.

Æneid. In Pandectarum autem compositione triennium est consumptum. Rationem nominis, cur inquam Pandectas inscripserit, ipse reddit Imp. *in l. 2. C. de vet. jur. enucl.* Vide de his & similibus titulis *Plin. præfat. nat. hist.* Quod scilicet omnes disputationes & decisiones in sese habeant legitimas, & quia id quod undique fuit collectum hoc in suos sinus receperunt. Qua ratione etiam Stoici adverbium vocarunt Pandecten teste Charisio lib. 2. Instit. Grammat. quod omnia in se capiat, quasi collata per Satyram, concessa sibi rerum varia potestate. Cur Digesta, *vide Cujac. Paratit. D.* Denique cum hic quoque ut in aliis omnibus artibus ac scientiis necessaria esset incipientibus rudis & simplex atque elementaria quædam doctrina atque institutio: Institutiones componi mandavit tribus, Triboniano, Theophilo & Dorotheo. Consilii sui rationes exponit ipse Imp. *in d. l. 2. C. de vet. ju. enucl. & in proœmio Pand.* Secutus autem est in illis & alios Institutionum scriptores, & præ ceteris Gaium, non tantùm in 4. libris Institutionum, sed etiam in Commentariis sive libris Aureorum. His enim nominibus appellantur. Vnde Gaium nostrum vocat tàm hìc quàm *inf. in §. item lex Cornelia de sicariis. de publ. iudic. l. omnem §. 1. in proœm. Pand.* Non quod ei familiaris fuerit, aut ipsius ætate vixerit. Floruit enim diu ante Justinianum Imperatore Hadriano &c. *arg. l. utrum. D. de reb. dub. l. si pater D. de solution: l. antiqui. D. Si pars hæred. pet.* Extant & hodie duo libri, Institutionum Gaii nomen præ se ferentes: Sed ii non sunt γνήσιοι, sed per Anianum Alarici Gottorum Regis consiliarium in Epitomen contracti: quod vel ex eo apparet, quia mentio ibi fit manumissionis in Ecclesia, quam Gaius nunquam agnovit. In suis autem Institutionibus nihil extare voluit Justinianus obsoleti aut antiquati iuris, sed id tantum quod suo tempore usitatum & in foro ac iudiciis receptum esset. Nam etsi interdum quędam ex antiquato iure admiscet, ut plura testamentorum genera, ut quatuor Legatorum genera, ut quatuor furti actiones, ut de plus petitionum jure veteri, itemque de satisdationum, & si qua sunt similia: tamen hoc ideo potius facit, ut aliquam antiquitatis notitiam nobis tradat, quàm ut eo jure utamur. Quæret quispiam, cur Novellarum librum hìc omiserit Justinianus? Responsio facilis est. Quia eæ postea & quidem sparsim ac singulatim editæ, tandemque in unum velut Corpus collectæ sunt: Earumque Epitomen Julianus Antecesor, qui Imperante Justiniano floruit, conscripsit.

De jure igitur ad hunc modum composito Justinianus hæc ferè in summa sanxit: I. ut omnia in eo posita sic accipiantur, tanquam à Justiniano solo profecta. Eo enim tempore solus Imperator jus legis condendæ habebat. *l. ult. C. de legib. & constit. l. 2. §. 21. C de vet. ju. enucl. Nov. 143. in pr.* II. ut solum hoc in judiciis deinceps allegetur & obtineat, poena falsi constituta in eum qui vetera proferre audeat: III. ut integris literis, non per notas seu literas singulas, seu sigla scribatur. Sciendum est enim, multa p notas scribere solere veteres: qualium Notarum libellum collegit Valerius Probus Grāmaticus, & posterius Magno, qui suum opusculum Carolo Magno nuncupavit. Inde etiam Notarij dicti, qui velocissimè per notas omnia excipiebāt, tanta inquam celeritate, ut penè ipsam vocabuli pronuntiationem scriptura manus eorum anteverteret.

Non-

Nondum lingua, suum dextra peregit opus:

ait de his Martialis. Et fit eorum etiam apud Ausonium mentio.

Sed cum ea scribendi ratio in jure sępè erroribus ansam præbuerit, alio hoc alio illud accipiente: meritò Imper. eam prohibuit, & omnia integris literis perscribi mandavit. I V. Ut quinquennio totum jus perdisceretur, constituit: & & ut primo anno Novi Justinianei: altero Edictales: tertio Papinianistæ: quarto Lytæ: quinto Prolytæ vocarentur, cum olim nomina eorum paulò essent alia. Singulis autem annis quænam esse debeat materia ad discendum proposita, petatur ex procœmio Digest. V. Denique ut tribus tantùm in locis jus civile doceatur: In utraque videlicet Roma, & Beryti.

Et hæc de altera Procœmii parte, id est, de Juris compositione Justinianea: cujus chronologiam pete ex A. Contio *lib. 1. Subsec. lect. cap. 7.* Tertia Comparationem continet Studiosorum Juris veterum & novorum: quæ est huiusmodi: I. Illis quidem multa obtrudebantur obsoleta, ut quasi ex antiquis fabulis jus discere cogerentur: His verò tantùm utilia proponuntur, & quæ in ipsis obtineant rerum argumentis, (sic enim loquitur) id est in usu fori & judiciorum sunt recepta. Ex quo facilè cuivis apparet, quantò horum quàm illorum sors & conditio melior sit. Antiquas fabulas appellat & *hic, & in l. 1. C. de annali except.* & antiquam confusionem *in l. omnem. § ult.* ius inutile, inusitatum, antiquatum. Quidam etiam solemnia illa juris veteris in mancipationibus, emancipationibus, manumissionibus testamentis &c. adhiberi solita, quæ dicis causa fieri sæpè dicuntur: de quibus *vid. Duar. lib. 1. disput. c. 47. & Connanum.*

I I. Veteres studiosi juris ultimo demum loco Imperatorum Constitutiones cognoscebant: Novi & incipiunt ab Institutionibus Imperialibus (quæ Constitutionum instar sunt, h. procœmio. n.) & desinunt in Codice Constitutionum. Hunc enim anno quinto studii suo marte cognoscunt.

De ipsa verò hac instauratione sua juris ita Imp. gloriatur, ut se aurea pro æneis nobis dedisse dicat. *Procem. Pand. & de ipsis Pand.* ait, esse Templum Justitiæ.

Ultimo loco Institutiones ita iam confirmatas, ut legum robur & vim habeant, Studiosis commendat, eosque ad diligentiam excitat, spe præmiorum & finis optati. Præmia & finis sunt, non æris acervus & auri (ut plerique ad quæstum pulcerrima sanctissimaque hac scientia, quæ pretio nummario æstimanda aut dehonestanda non est, *secundum Ulp. l. 1. § proinde. D. de extraordin. cognit.* turpiter abutuntur, atque illud Julii Firmici sequuntur: Legum scientiam animum & crumenam implere) Sed utilitas Reipub. gubernandæ, cui se quisque bonus natum esse debet existimare. Neque enim nobis nascimur solum, sed ortus nostri partem sibi vindicat patria, partem parentes, partem amici &c. *Cic. 1. offic.* Neque solùm parenti suo quisque nascitur, cujus esse dicitur, verùm etiam Reipub. ut eleganter *ait Ulp. in l. 1. §. & generaliter. D. de vent. in poss. mitt:* Et nemo est dominus membrorum suorum: sed unusquisque est Reip. Huic prodesse possumus consiliis dandis tàm publicè quàm privatim, obeundis legationibus, actionibus in foro & judiciis, cavendo, formulis scribendis, respondendo

 de Jure:

de Jure: & si qua sunt alia JCti & politici munia. Ex administratione porrò Reipub. honor sequitur & redundat ad virum politicum: qui quidem summum eius bonum esse videtur, ut est *apud Aristotelem 1. Ethic. & Xenophontem.* Humiles verò animæ ac sordidæ, quibus suavis est lucri odor ex re qualibet, hic quoque lucrum sectantur. Et suaviter se ridendos præbent, qui illud malè *ex Iustiniano Nov. 1.* detortum ac depravatum, semper in ore & in animo habent: Leges neminem neque in paupertate vivere, neque in anxietate mori sinunt. Aliter nos docet Justinianus tùm hîc, tùm in prooemio Dig. ubi finem studii legitimi ait esse, ut fiamus optimi Justitiæ & Reip. ministri: Item, ut Justitiæ satellites, & judiciorum optimi tàm Athletæ quam gubernatores in omni loco ævoque felices. Quam ad sententiam Epigramma ad studiosos tale fecit *Ioan. Stigelius tom. 1.*

Non ut divitijs, non ut sis splendidus auro,
Non ut sis tituli magnus honore tui:
Non ut Sarrano videare superbus in ostro,
Dandam operam sacris legibus esse putes:
Verum ut Iustitiæ possis servire, tuoq;
Officio præstò civibus esse tuis:
Hunc tibi proponas finem: sic illa sequentur
Omnia, quæ verus præmia poscit honor.

Porrò occasione eius quod hîc mentionem facit gubernationis Reip. quæri potest: Sitne ead. facultas, Jurisprudentia & Politica scientia? Id quod multis argumentis negat *Montecatinus in Comment. ad 1. Politic. Aristotelis.* Restant pauca vocabula in Prooemio quæ explicationis egere videntur.

I. Majestas, quæ est dignitas (Tacito dignatio) amplitudo & potestas personæ & imperii summi: dicitur & auctoritas. Ea in jure his ferè 4. tribuitur. I. DEO, ut *l. 32. §. sacerdotio. D. de rec. arb. l. 4. & auth. Gazaros. C. de hæret.* II. Populo Romano: ut *l. 7. §. 1. D. de capt. & postl. reverſ.* III. Principi seu Imperatori, ut *hic. & l. pen. D. de hær. inst. Paul. 4. sent. tit. 5. num. 3. l. 7. §. hoc tamen. D. ad l. Iul. mai. l. ult. C. de legib.* IV. Magistratui à populo Rom. vel à Principe instituto: ut Prætori. *l. pen. D. de iust. & iu. l. 9. D. de jurisd.* Quæ autem sint jura majestatis, vide *apud Botinum lib. 1. de Rep. c. ult. ubi* VII. ferè capita enumerat: ut I. Potestatem ferendarum legum. II. jus belli indicendi aut pacem faciendi. III. jus magistratus mandandi. IV. Extremam provocationem habere. V. Damnatos eximere capitali sententiæ & restituere. VI. Nummos percutere. VII. Vectigalia & Tributa imponere.

II. Triumphator magnificus] Quanquam sub Imperatoribus rarius triũphatum est, quam Reip. Rom. tempore, tamen & ipsi Impp. Triumphatores perpetuò boni ominis causâ dicebantur (unde & sup. inter titulos Justiniani est Triumphator) & iis Ducibus qui hostes vicissent ornamenta triumphalia tribuebantur.

III. Sacratissimas Constitutiones] Sic leges dicuntur sacratissimæ *l. 9. C. de legib.* & passim alibi. Sic ipse Imper. sacratissimus Princeps sæpè dicitur.

IV. Magistro & Exquæstore] Hic notandum, Vocabula Magistratuum alia

alia fuisse Imperatorum temporibus quàm Reip. alia quoque posteriorum Imperatorum quam anteriorum: De quibus videatur *lib. 1. Pand. & Cod.* Itemque *tres posteriores libb. Cod. ibiq; Cujac.* Fuit autem Magister (scilicet officiorum) quasi Præfectus totius aulæ & Palatii, ut apud nos Marescalcus & Hoffmeister. Quæstor verò olim Reip. temporibus erat is, qui pecuniis exigendis & in ærarium redigendis erat præpositus *l. 2. ff. de Orig. Iur. tot. tit. D. de offic. quæst.* sed Justiniani ævo erat is, qui nostris moribus Cancellarius quem penes legum cura erat: Quanquam & Vespasiani ævo jam tum Quæstorum hoc munus erat, recitare in Senatu Orationes Principum, ut didici *ex Suetonio in Tito Vespasiani filio. c. 6.* Dicebantur & Candidati Principis, per quos Impp. proponebant Senatui suas orationes: Præclaris versibus Corippus describit officium Quæstoris Panegyrico in laudem Anastasii:

Principis auspicio Leges & jura gubernans,
Iustitiæ Vindex, inopum Pater, omnia curans
Iudiciis relevare piis, &c.

Et rursum initio lib. 1. de laudibus Iustin. Aug.

Compositor morum, juris Legumque sacerdos.

Exquæstor igitur sive Exquæstore (quod per omnes casus ἄκλιτον manet) erat, qui aliquando quæstor fuerat, quasi dicas virum quæstorium. Ad eandem figuram hæc quoque dicta sunt, Exconsule, id est, vir consularis: Exmagistro, Expræfecto, Expræposito Excomite: & apud Horat. 2. Satyr. 7. Exjudice.

V. Viris illustribus] De titulis illa ætate receptis videantur *Alciat. Duaren. lib. 2. Disp. c. 1. & Cujac.* Erant autem hi ferè: Perfectissimi: Spectabiles: Clarissimi: Illustres: & Qui supra illustres sunt. *Vid. & l. 26. eos* C. *de usur.*

VI. Institutiones Imp. hic vocat prima legum cunabula, *hic & §. sed non usque inf. de legat:* Sic Pomponius *in l. 2. §. deinde. Sextus D. de orig. jur.* dixit juris cunabula. Sic idem Imp. mox *in §. igitur post libros hic* appellat totius legitimæ scientiæ prima elementa. *In l. 3.* C. *de vet. ju. enucl.* vocat eas prima legum vestigia, argumenta, totius eruditionis prima fundamenta: Quæ omnia ad laudem & commendationem hujus operis pertinent.

VII. Quod in ipsis obtinet rerum argumentis] Sic inf. tit. de satisdation. ait: Quę omnia quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent. Idemque & alibi profitetur: ut *in l. un.* C. *de dedit. lib. toll.* Nos qui veritatem colimus, ea tantummodo volumus in nostris esse legibus, quæ reipsa obtinent.

VIII. Antecessoribus] Antecessor aliàs significat eum qui in munere aliquo alium præcessit: ut *in l. 1. C. de off. præf. præt. Afr.* Sic Tertullianus B. Petrum Antecessorem Apostolorum, id est primum ac principem. Minus Latinè prædecessor dicitur. Hic vero, *in l. omnem. perfixa Pand.* & alibi significat Legum Doctorem & Professorem Iuris. Græcis Ἀντικήνσωρ: ut est in inscriptione Græcarum Institutionum Theophili, &c.

ADTI-

AD TITULUM I. DE JUSTITIA ET JURE.

TOtum opus Institutionum in duas partes principes distribuere soleo: In communem & propriam. Communem voco, quæ primis duobus titulis continetur, & communia quædam tractat principia universè ad scientiam juris pertinentia, Altera pars, quam propriam appellavi, singulos juris articulos seorsum suis explicat titulis. Et primi quidem tituli quinque sunt capita: quorum in primo affertur definitio Justitiæ *ex Ulp. l. 10. D. h. t.* Secundo definitio Jurisprudentiæ *ex eod. Ulp.* Tertio adjungitur admonitio de duplici ratione docendi discendique juris. Quarto generalia præcepta, & quasi fontes omnis juris. Quinto & ultimo summa divisio juris in publicum & privatum.

A definitione Justitiæ tanquam à fine meritò orditur Imp. ut solent Practici Philosophi à fine initium facere ordine analytico. Est autem Justitia Jurisprudentiæ finis, ut paulò ante ad proœmium dicebamus. Quo pertinet *quod Plutarch. ait.* Omnibus legibus hunc scopum esse propositum, Justitiam. Fortassis & ideo à Justitia incipit, quia hæc virtus reliquarum omnium regina est, quæ & Hespero & Lucifero clarius micat, *teste Aristotele in 5. Ethic*: Quod ait, Constans & perpetua voluntas, est periphrasis habitus ut Philosophi vocant. Ejus enim hoc est proprium, difficulter mutari aut aboleri, *eod. teste Aristotele in categoria Qualitatis & in 2. Ethic. Idem in 5. Ethic.* nudius & planius definit Justitiam, quod sit virtus, qua semper & agimus, & volumus justa Ac placet quod observavit Adrian. Turneb. lib. 8. Adversar. cap. 20. Vlpianum hîc fuisse æmulum Stoicorum, qui ut vitium inconstantia, sic virtutem constantia metiri solebant. Quod autem objiciunt quidam, In nullo mortalium eam reperiri Iustitiæ perfectionem: neminem adeò justum esse, ut non aliquando peccet: Responsio duplex est: I. Definitiones loqui de maxima & summa perfectione, quæ in hominem cadere potest, & ad quam velut Ideam uniusquisque omni studio contendere, seseque conformare debet. II. Eum qui semel atque iterum peccet ac injustè agat, non statim esse iniustum censendum, modo adhuc actionibus iustis delectetur, & doleat iniustis: *ut docet Aristot. 2. Ethic.* Ita non est opus ut dicamus, definiri hîc Justitiam diuinam, aut Justitiam Deam, ut quidam voluerunt. Porrò Gellius quoque ad hunc modum definit Liberalitatem, quod sit perpetuæ benignitatis constantia: & *Cicero in 1. de Legibus*, Virtutem ait esse constantem & perpetuam vitæ rationem. His autem verbis quæ sequuntur: Ius suum cuique tribuendi: (vel, ut alii legunt, tribuens) differentia propria & specifica continetur, per quam Iustitia à reliquis X. virtutibus morum, & à reliquis VI. quæ sunt rationis, separatur. Iustitia enim tota foràs proiecta est, *ut ait Cicero* & in actionibus cum aliis spectatur: cùm ceteræ virtutes ipsius respectu, qui illis præditus est, dicantur, eumque perficiant. Cum foras spectat, & est fida speculatrix utilitatis alienæ. Iustitia nominatur: inquit *Apulejus lib. de Philosophia.* Ut autem suum cuique duobus modis tribuitur, vel in præmiis ac pœnis, vel

nis, vel in contractibus & negotijs: Ita duo quoque sunt Justitiæ genera: Justitia scil. distributiua, sive tributoria (διανεμητική) quæ primo rerum generi moderatur: Et Justitia commutativa sive negotialis (συναλλακτική) quæ alteri. Quarũ specierum discrimina latius explicantur *lib. 5. Ethic. Aristot.* vide *& A. Cont. lib. 2. subsec. lect. c. 7.* ubi & hoc explicat, quomodo verè dicat *Vlp. initio Pand.* jus à Justitia appellatum esse: de quo & *Giphan. in Epist. ad Muretum.* His autem duabus Justitiæ speciebus addit & tertiam *Ioan. Bodinus lib. 6. Politic. c. ult.* videlicet harmonicam, quam vult ex prioribus duabus speciebus veluti compositam esse. Ex hac particula desumi argumentum potest contra communionem omnium rerum Platonicam. In ea enim nullus Justitiæ usus aut locus esset futurus. Etenim quomodo suum cuique tribui possit, ubi nemo quicquam suum aut proprium habet? sed omnia sunt communia? Sed hac de re vide *Aristot. in 2. Politic. & Lactant. lib. 3. divin. Instit.*

Ad §. Iurisprudentia.

Ut Jurisprudentia definitur divinarum & humanarum rerum notitia: Sic & ICti sæpè dicuntur omnis divini humanique juris scientes: ut Coccejus Nerva *apud Tacit. 6. Anal & Capito 3. Annal* Capito (inquit) insignior infamiâ fuit, quod humani divinique juris sciens, egregium publicum & bonas domi artes dehonestavisset. Alludit noëmate ad id quod ait *Horat:*

Omne animi vitium tanto conspectius in se
Crimen habet, quanto major, qui peccat, habetur.

Objicitur autem contra hanc definitionem, quod ea Philosophiæ quoque tribuatur, ut *apud Cic. videre est 2. de offi. Et apud Apulei: lib. de Philosophia: Sapientiam Plato disciplinam vult videri divinarum humanarumque rerum.* Idemne ergo est (inquiens) Jurisprudentia cum Philosophia? Nam quæ eandem habent definitionem, eandem quoque habent naturam & essentiam, cujus explicatio est definitio. R. I. Nihil erit absurdi, si dicamus cum Vlpiano in *l. 1. D. h. t.* Jurisprudentiam esse veram & non simulatam Philosophiam. Quo pertinet elegans *Plinij* locus *in Epistolis*, ubi affirmat, hanc esse pulcerrimam Philosophiæ partem: Agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere & exercere Justitiam: quæ nemo non videt ICti propria esse munera. Et hinc ICti vocantur sophi. Cati, Sapientes, *l. 2. §. Iuris civilis, & 2. §§. seqq. D. de or. jur.* Ennius: Egregiè cordatus homo, catus Æliu' Sextus. Putat etiam *Adr. Turneb. lib. 8. Advers. c. 20. Vlp.* hæc ita posuisse in invidiam & contumeliam Philosophorum, & ICtos vocasse Justitiæ Sacerdotes veros: cum Stoici suum Sapientem verè Sacerdotem profiterentur. At *Vlp.* eorum assimulatam non veram nec sinceram Philosophiam prædicat.

Ipsa quoque Jurisprudentia sæpe appellatur Sapientia: ut in *l. 1. D. de extraord. cognit.* Quin & hoc addo: cum Philosophia alia sit theoretica seu contemplativa; alia practica, quæ in agendo posita est: cumque Jurisprudentia Philosophiæ practicæ subijciatur: rectè definitio generis tribuitur speciei. Deinde adduntur etiam hîc nonnulla, quæ in definitione Philosophiæ non sunt: nimirum quod sit justi, atque injusti scientia. Justi quidem, ut id sequamur tueamur

atque exerceamus: Injusti autem, ut id fugiamus, vitemus, & corrigamus. Est enim omnis scientia contrariorum. Sic *Ulp.* ait, *in d. l. 1. D. h. t.* ICtos licitum ab illicito discernere, æquum ab iniquo separare. Et Stoici quoq; legem definiebant justi atque injusti regulam, teste *Seneca lib. 4. de benefic. c. 14. & Cicer. 2. de legib.* quos sequitur Marcianus IC. *in l. 2. D. de legib.* Sic Dialecticam ijdem definiebant veri & falsi disceptatricem & judicem scientiam, ut teste *apud Laertium in Herone, & Cicer. in Acad. Quæst.*

Ad §. His igitur] Jus Civile absque Interprete non facile discitur teste *Cic. lib. 7. Epist. ad Trebat.* Cogitare debebas (inquit) nullam artem literis sine Interprete & sine aliqua exercitatione percipi posse. Non longe abieris. Num jus civile vestrum ex libris cognosci potest? Et secundum Pomponium *in l. 2. ff. de Orig. iur.* parum est jus in civitate esse nisi sint qui jura regere & interpreteri possint. In docendo autem jure non temere vagandum est, quoquo pedes ferunt, sed certa via ac ratio tenenda, absque qua καλῶς μὲν τρέχομεν, ἀλλ' ἐκτὸς ὁδοῦ. Ratio igitur ac via discendi & docendi juris seu methodus duplex hîc ab Imp. traditur. Prima est simplicior, levior, facilior, planior ac rudior, quæ convenit initi s: ut ait idem Imp. *in l. 2. C. de ver. ju. enucl.* Talis est ratio in Institutionibus, ubi ἀμαθέστερόν πως καὶ σαφέστερον omnia pro captu tyronum explanantur. Altera exquisitior est & accuratior, quæ illis convenit, qui in hoc studio aliquousque jam progressi sunt & tyrocinium jam deposuerunt. Priorem rationem τύπῳ vocare solet Aristoteles; Posteriorem ἀκριβείᾳ. Hoc si negligatur, aut si hic ordo pervertatur, duo sequentur incommoda: I. Quod studiosi difficultate nimia deterriti desperant de profectu, & apostatæ atque desertores fiunt civilis huius militiæ: Alterum, Quod etsi perseverant, tamen tardius ad finem perveniunt, quem poterant assequi longè facilius, si rectè fuissent instituti & vera via ingressi. Sic præclarè Jul. Firmicus: Debet (inquit) is qui instituitur primùm platicè (ita reddit quod Græci dicunt ἐν πλάτει.) institui, ut his apertioribus levioribusque compositus atque formatus secretiora deinceps confidentius consequatur, &c. Huc spectat similitudo *Quintiliani lib. 1.* Quemadmodum vasa angusti orificij liquorem copiosum non capiunt, sed respuunt: Ita ingenia imbecilla nimium onerata, &c. Vide eundem *Quintil. lib. 8.* Ac eleganter Chrysostomus: In lampadem, inquit, si parum instillaveris olei, satis alimenti habet ignis: sin justo largius infuderis, etiam quæ in ea est, flammam extingues. Nec minus elegans est similitudo qua utitur *Lactantius lib. 5. De Iustitia cap. 4.* Cùm ageret (inquit) contra hominem veritatis ignarum, dilatis paulisper divinis lectionibus formare hunc à principio tanquam rudem debuit, eique paulatim lucis principia monstrare, ne toto lumine obiecto caligaret. Nam sicut infans solidi ac fortis cibi capere vim non potest, ob stomachi teneritudinem, sed liquore lactis, donec firmatis viribus vesci fortioribus possit: ita & huic oportebat &c. Loquitur autē de Cypriani scripto adversus Demetrianū. Eodē pertinet fabula de fatuo ligna in culinā portante, & infima primò ex tota strue subtrahēte, cum putaret, reliquum sibi laborem hac ratione faciliorem fore, quem tamen gravissimum experiebatur. Sic boni doctoris officium est, seipsum & verba sua secundum

secundum audientium capacitatem & ingenium coaptare, *ut ait c. oportet. 8. q. 1.* Idem vult τρόπος παιδείας apud Philosophos. Qui enim docet ea, quæ ab auditoribus intelligi non valent, non eorum utilitatem sed sui ostentationem facit: ut ait idem us Canonicum, allegatum à Ioan. Andreæ *in Proœmio lib. 6. Decretal.* Duplicem hanc docendi & discendi juris rationem ita eruditè describit Ioann. Sturmius Præfat. Græc. Scholiorum Homeri: Nunquam mihi Commentariorum vastitas placuit: Explicationes & partitiones breves & literatas magis soleo approbare. Bipartita enim est cognoscendi ratio. Vna singula perfectè inquirit, & rem non solùm præsentem intuetur, sed tum omnia unde hęc ipsa demanavit: tùm quæ ad eam pertinent, contemplatur. Altera eo contenta est, ut quod oculis subiectum est, tantùm intueri possit, neque quæ non apparent desiderat. Parvi progressus in studijs fierent, si ad omnes auctores prior ratio adhiberetur. Itaque non nisi in necessarijs, & quæ ad imitandum proposita, quæve perpetuò in manibus habenda sunt, debet applicari. Posteriore pluribus in locis vtimur, & multiplicem doctrinam parit: magnis itineribus proficiscitur, & tametsi in diversis regionibus videat, quæ in una consequi poterat, tamen ipsa varietas & amplitudo & quasi peragratio atq; lustratio ut orbis, sic etiam scriptorum maximas utilitates habet, &c.

Ad §. juris præcepta.] Hæc tria præcepta ex ead. *l. 10. D. h. t.* desumpta sic inter se differunt, ut primum magis sit ethicum seu Philosophicum quàm juridicum. Nam honestum omnes virtutes complectitur totamque καλοκαγαθίαν, ut docet *Cicero 1. de offic.* Honestè igitur vivere est secundum omnem virtutem vivere, quod virum, bonum perficit. Quamquam autem non de toto honesto sive de omnibus virtutibus leges latæ sunt (nam *ut Seneca ait, 2. de ira. c. 27.* Angusta est innocentia, ad legem bonum esse. Multò latius patet officiorum quàm juris regula. Multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ extra publicas tabulas sunt: & ut ait *Cicero 3. de offic.* Aliter leges, aliter Philosophi tollunt astutias &c.) Tamen etiam in jure sępissimè honestatis ratio habetur (eatenus scil. ne quid per turpitudinem civili societati noceatur) & quæ turpiter ac contra bonos mores fiunt, prohibentur & irrita esse jubentur, *l. in conjunctionibus D. de rit. nupt. l. 144. non omne, & l. 197. semper in conjunctionibus D. de R. I. l. 15. filius, D. de condic. instit.* Huc pertinet quod turpes stipulationes, institutiones, conventiones, & contractus generaliter nullius momenti sunt, *l. 26. generaliter, l. 61. stipulatio & l. 123. si flagitij, D. de verb. obl.* Et pacta quæ invitant ad delinquendum, ut ne de dolo aut delicto futuro agatur à jure improbantur. *l. 23. D. de R. I. l. 3. §. ult. D. pro socio l. 7. §. dolo malo, & seqq. l. 27. si unus §. pacta quæ turpem D. de pact.* Eodem referendum est, quod sæpè in jure dicitur, Allegans propriam turpitudinem non est audiendus, *l. 30. transactione C. de transaction. ubi gl.* Qui verò honestatem negligunt, ijs in multis casibus proposita est pœna infamiæ, *tot. tit. D. de his qui not. infa. & tit. C. Ex quibus caus. infa. irrog.* Secundum præceptum est, Alterum non lædere. Sic *Lactant. lib. 6. c. 23.* Ferè in hoc justitiæ summa consistit, ut non facias alteri, quod ipse ab altero pati nolis. Et *Epitom. c. 3.* Radix Justitiæ & omne fundamentum æquitatis est illud: Vide ut ne

facias ulli, quod pati nolis: ſed alterius animum de tuo metiaris. *Marcell. Palingen.lib.9.*

Quodq́; tibi velles, aliјs feciſſe caveto.
Quodque tibi velles, aliјs præſtare ſtudeto.
Hæc eſt naturæ lex optima.

Ac ſcribit Lampridius, Hadrianum Imp. maximi feciſſe illud Chriſti Salvatoris præceptum: *Omnia quæ vultis ut faciant vobis homines, & vos illis facite.* Quod ita in tetraſtichis ſuis complexus eſt *Greg. Nazianzenus:*

τί χρηςοῖ ἦτος δόγμα συντομώτερον:
τοιοῦτος ἴσθι τοῖς φίλοις καὶ τοῖς πέλας,
οἵους σεαυτῷ τοὺς δὲ τυγχάνειν θέλεις.

Ex quo fundamento extructus eſt *tit. D. Quod quisque juris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur.* Vide *Duaren. Diſput. Anniverſ.* Et concordat prorſus illud Euangelicum effatum: Eâdem menſurâ qua menſi fueritis remetietur vobis *Matth. 7. Marc. 4. Luc. 6.* Hinc illa trita ac tralatitia: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *l. 74. ff. de R. I.* Nemo poteſt mutare conſilium ſuum in alterius injuriam *l. 75. D. de R. I.* Nemo alieno odio prægravari debet. Item, Abſurdum eſt commoda habere, alium onera ſuſtinere *l. 15. §. ult. ff de leg. præſt. l. 10. Dig. de R. I.* Non debet alieno facto jus alterius immutari *l. 6. ff. quemad. ſerv. amitt.* Non debet eſſe in aliena poteſtate conditionem meam nihil delinquentis deteriorem facere *l. 2. ff. quod vi aut clam.* It. omnino ſciendum eſt, meliorem conditionem vicini facere nos poſſe, deteriorem non poſſe *l. 20. §. pen. D. de ſerv. urb. præd.* Naturalis ſimul & civilis ratio ſuaſit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis & inviti nos facere poſſe, deteriorem non poſſe, ut *eleganter inquit Gajus in l. 39. D. de neg. geſt.* Nemo locupletari debet cum alterius jactura & detrimento. Hoc enim contra naturam eſt *l. 206. D. de R. I. c. locupletari de R. I. in 6. l. 14. D. de cond. indeb. l. 8. §. ſi quis D. de tranſact.* Item. Nemini officium ſuum damnoſum eſſe debere *l. 7. D. teſtam. quemad. aper. l. 61. §. quod vero 5. ff. de furt.* Nemini dolus ſuus prodeſſe aut patrocinari, nemo ex delicto ſuo lucrari debet *l. 1. D. de dol. mal. exc. c. ſedes Apoſtol. 15. ext. de reſcript.* Nemo de ſua malitia commodum reportare debet *c. intelleximus 7. de Iudicijs.* Hinc etiam hęredi, quamvis pœnalis actio ex delicto defuncti in eum non detur *§. 1. Inſt. de perpet. & temp. act.* tamen quod ſcelere quæſitum eſt non relinquitur, nec ad compendium ejus pertinere debet, quod ex delicto defuncti ad ipſum pervenit: ſed extorquetur ei & auffertur *l. 4. l. 12. D. ad L. Corn. de falſ. l. 5. in pr. D. de Calumniat. l. 16. in fin. D. quod met. cau. l. 26. ff. de dol. malo. gl. in l. ubi D. de condict. ob turp. cauſ.* Prodeſſe autem ſibi unuſquiſque, dum alij non nocet, non prohibetur, nec quisque hoc nomine tenetur, *Vlp. l. 1. §. idem aiunt D. de aqua plu. arcend.* Nemo autem cogitur alteri prodeſſe cum ſuo damno. Durum enim hoc eſſet, & crudelitati proximum, aquam ex noſtris prædijs ortam noſtris proprijs agris ſitientibus ad aliorum uſum vicinorum injuria propagari, ut eleganter *Claudius Imp. in l. 6. C. de ſervitut. & aqua* Et ordinata charitas à ſeipſa incipit. Et præceptum eſt, Diliges proximum ſicut teipſum: non magis quam teipſum. Quo & illa pertinet juris Regula, Nemini officium ſuum debet eſſe dam-

damnosum *l.7.D.Testam.quemadm.aper.l.15.D.Mand.l.61.§. quod verò, D. de furt.* Et ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet: ut *ait Paulus lib.5. Sentit.6.* Hoc 2 præceptum juris pulcerimè & gravissimè declaratur à Florentino *in l.3.D.h.t.* his verbis: Cum inter nos cognationem quandam natura instituerit, hominem homini insidiari nefas est. Imo hominem beneficio affici hominis interest *ut ait Papinian. l.7.D.de serv. export.* Sic *Cicero 3. De offic.* ait, Et jure naturę sive gentium & legib. Populorum eodem modo constitutum esse, ut non liceret sui commodi causa nocere alteri. Idem *Cicero in 1. de offic.* Primum Iustitiæ munus ait esse, Ne cui quis noceat, nisi lacessitus jniuria. Quæ postrema verba intelligenda sunt de defensione vitæ ac salutis contra vim atque oppressionem injustam. Et immeritò Lactantius Ciceronem hoc nomine reprehendit, quasi qui optimam sententiam horum adjectione verborum corruperit. De justa autem sui defensione passim in legibus agitur. Ut in *d.l.3. D.de just. & ju.l.12.§.1.D.Quod met.caus.l.4.& l.seq.in p.& l.45.§.4. D.ad l. Aquil.l.1.§.vim. D.de vi & de vi arm.l.1.& 2.*C. *Quando lice.unicuique sine judice seipsum vindicare l.3.*C.*ad l. Corn. de sicar.§.si quis hominem tit.27. lib 2.feudorum.* Et hanc ob causam alterum lædere, imò etiam occidere impunè licet. *Paul.lib.5.Sent.tit.23. §.qui latronem. Cic. pro Milone.* Quamquam hic latro vel aggressor non tàm ab altero quàm à se ipso læditur. Quod autem quis sua culpa sentit damnum, sentire non videtur. Sed hîc illud imprimis cauendum est, ne limites inculpatæ tutelæ excedamus, nec tàm defensionis nostræ quàm vindictæ causa adversarium nostrum lædamus. Quid autem ad defensionem legitimam sive ad moderamen inculpatæ tutelæ requiratur, explicari solet à Dd.*ad d.l.3.*D.*h.t.*

Hoc præceptum violatur in omnibus delictis , quibus alter læditur vel quo ad corpus & vitam, vel quo ad famam, honorem, dignitatemque, vel quo ad pudicitiam (quæ duo, fama & pudicitia, vitæ comparantur, & pari cum ea passu ambulare vulgò dicuntur) vel denique quo ad res, fortunas & bona, quæ sunt vitæ instrumenta & præsidia. Quęri hoc loco potest, an seipsum lędere & manus sibi violentas inferre liceat? R. Nequaquam. Prohibita enim est αὐτοχειρία eodē præcepto divino, *Non occides.* Sed de homicidio sui ipsius vide *Iodoc. Dambouderium in praxi rerum Crimin.c.88.& Iac.Menoch.l.2.cent.3.casu 284.& seq.*

Non satis est, vim atque jniuriam ab altero abstinere, quod primum Iustitiæ munnus est Ciceroni: Oportet etiam secundum addere, & suum illi tribuere: id quod tertio juris præcepto jubemur. Suum cuique quot modis tribuatur, dixi supr. ad definitionem Iustitiæ.

Ad §. ult. Hujus studij.

Dividitur jus in publicum & privatum. Hoc enim volunt illa verba: Hujus studij, id est juris cui operam damus sive studemus: duæ sunt positiones, id est duæ species.

Ius publicum hic definitur, quod ad statum Rei Rō. id est Reip. Rō. spectat. Res enim Romana est Resp. Rom. apud Tacitum & alios auctores. Nihil igitur hic mutandum in lectione usitata, ut quidam voluerunt, in quibus & *Iacob. Revard. in varijs.* Alibi definitur Ius publicum, quod consistat in sacris, in sacerdo-



tibus, in Magistratibus *l. 1. §. 2. D. h. t.* Unde intelligimus jus sacrum à veteribus Romanis relatum fuisse ad jus publicum, tanquam ejus partem. Definiri etiam potest jus publicum, quod publice utile est: sicut contra privatum quoque privatim singulis civibus utile est. Nam ut *ait Horat.*

Vtilitas justi prope mater & æqui est.

Passim autem in jure distinguitur id quod publicè & id quod privatim expedit. Sunt quidem hæc duo inter se connexa, vix ut divelli queant, unde id quod publice expedit, privatim quoque singulis civibus prodest sicut à diverso:

Intrant in thalamos publica damna tuos.

Verè & eleganter *Nazarius in Panegyrico:* cum ex singulis sit coagmentata Resp. & quicquid in eam confertur, ad omnes proportione promanat, & vicissim necesse est, quod sigillatim omnes adipiscuntur, in commune Reip. redundare. Præclare quoque *Val. Max. lib. 5. c. 6.* Eversa domo intentatus Reip. status manere potest, urbis ruina penates omnium secum trahat necesse est. Sed tamen in istarum definitione specierum hoc spectamus, quod principale est, & ad quod primariò res refertur. Nam & publica utilitas matrimonij esse dicitur: & tamen ijs potissimum utilia sunt matrimonia, inter quos contrahuntur. Sic Reip. expedire dicitur, ut mulieres sint dotatæ, & dotes ipsis suæ sint salvæ *l. 1. D. solut. matr. & alibi.* Sed hoc intelligendum est tantum secundario & per consequentiam. Semper autem publica utilitas anteponenda est privatorum commodis *l. 3. C. de primipilo. Paul. lib. 2 sent. tit. 19. &c.*

Publica privatis anteferenda bonis.

Quod utinam hodieque sæpius fieret quam videmus: ita meliorem haberemus Remp. Romani quidem habuere, quam diu apud ipsos publica instituta privata pietate potiora fuerunt, ut cum *Val. Ma.* loquar *l. 2. c. 1.* Deinde juri publico privatorum pactionibus nihil potest derogari. Idem *Paul. lib 1. sentent. tit. 1. §. 6. l. 38. D. de pact.* Publici juris exempla sunt in sacris, in magistratibus, in judicijs, in fœderibus, in inducijs, in jure pacis faciendæ & belli indicendi, in legationibus &c. Ex quibus intelligimus, quod & ante monui, jus sacrum sub publico contineri, ut & militare.

Publicum autem totum civile est. Notandum est autem, in institutionib. nostris tantùm agi de posteriore parte juris, nimirum de Jure privato: Excepto *tit. ult. De publicis Iudicijs*, quem Imp. adiecit ὡς ἐν παρέργῳ μέρει, ut gustum aliquem præberet ijs, qui cognito jam jure privato, ab Institutionibus ad uberiores Pand. libros gradum facturi essent. Ratio est, Quia à facilioribus omnis doctrina atque institutio incipere debet. Est autem juris privati tractatio longè facilior quàm juris publici. Quod attinet ad Juris priuati subdivisionem, ea explicabitur mox ad *tit. seq.*

AD TIT.

AD TIT. II. DE JURE NATURALI, GENTIUM ET CIVILI.

COhæret hic tit. cum præced. Pergit enim exponere principia juris: Unde *in D. uterq; eod. tit.* continetur. Adferuntur autem hîc tres juris divisiones: I. trimembris, quâ jus est vel naturale, vel gentium, vel civile: II. Quâ est vel scriptum vel non scriptum. III. Quâ jus ratione obiectorum, vel materiæ circa quam jus versatur, vel est circa personas, vel circa res, vel circa actiones. Conferendus est cum his *tit.* 1. D. *& tit. De legib. tam* D. *quàm in* C. Ex jure Canonico *Dist.* 1. *in* 1. *parte* Decreti. Item *Connanus lib.* 1. *&* Disputatio *Giphanij De principijs juris*: Item *Duaren. Marius Salomonius &c. &* Dominicus à *Soto.* Prima harum divisionum Juris, quæ est *Vlpiani in l.* 1. D. *de just. & ju.* in multorum reprehensionem incurrit: ut Rodolphi Agricolæ, Bodini, & aliorum. Vide Novam distributionem juris universi, Joannis Bodini, Dialogo expositam ab amico meo Ioanne Cocino: ubi & secundam carpit ac reijcit. Sed nos an sustineri possit videamus. Jus ergo naturale Justinianus ex Ulp. definit esse id, quod natura omnia animalia docuit, quodque non sit proprium hominum, sed ipsis commune cum brutis, quod observant non homines solùm, sed verò animalia cuncta, ut versu utar *Lucretij.* Quomodo & idem Imp. *in Nov.* 12. ait, A nefario & incesto coitu etiam bestias rationis expertes abhorrere. Et *Demosthenes orat.* 1. *in Aristonem*: Parentes colere ait esse Legem naturæ, quæ & bestijs & hominibus sit posita. Quomodo apud Valerium Maximum diligere parentes Prima naturæ lex esse dicitur, *lib.* 5. *cap.* 4. Ubi de matre natæ uberibus alita. Hinc fit, ut nulla sit contumelia atrocior, nulla contumacia gravior, quàm quæ adversus parentes committitur: ob quam pater non modò filium exhæredare potest, *Nov.* 115. sed etiam filium contumacem ex lege divina ad judices adducere poterat, ut ibi reus peractus lapidibus obrueretur. Hinc atrocissimum scelus est, & meritò novo atq; asperrimo supplicio vindicandum, parricidium, de quo quis viperina indole præditus vitam eripit vitæ suæ auctori: de quo vid. *Cic. pro Sex. Roscio Amer.* Sic benefactores amare, lædentem insequi, injuriam propulsare, imbecilliores cedere & parere potentioribus &c. juris naturæ sunt, & hominibus communia cum bestijs, *teste Cicerone & Plutarcho.* Sed hæc ita accipienda sunt, non quasi in brutis verè ac propriè sit jus. Nam neque injuria in bestias vlla cadit *init. tit. Inst. Si quadrup. pauper. fec. dic. l.* 1. *§.* 1. *D. eod. tit. l.* 5. *§. & ideo.* D. *Ad l. Aquil. Seneca* 1. *de Ira c.* 3. & pulcerrimè Philo Iudæus: Et vitiorũ (inquit) & virtutum quasi proprium domicilium est mens & ratio, in quib. degere & commorari solent. Sic & Aristoteles nullam sine ratione virtutem esse ait. Quid ergo est? Simulacra tantùm quædam & umbræ atque imagines virtutum, & proinde juris quoque & justitiæ in bestijs apparent atque relucent: qua de re pulcer extat Commentarius *Plutarchi*, Quod bruta ratione vtantur. Sic *Aristoteles in histor, animal. de Camelis* scribit, eos nunquam ascendere vel inire matrem. Idemque in *Politicis* testatur, equam quandam Thessalicam appellatam fuisse

tam fuisse cognomento justam, quod semper pullos patri similes redderet. Oppianus quoq; 1. *Cynegetico* equi castitatem miris effert laudibus. Sic Ciconiarum pietas, columbarum castitas, leonis fortitudo, formicæ prudentia & solertia celebratur. Breviter, Quidquid homines jure faciunt, si idem impetu & instinctu naturæ faciant & bruta, argumentum præbet certiss. id esse juris naturalis. At non quidquid naturale est, idem mox & juris est naturalis: ut vesci, concoquere, digerere cibos, dormire, vigilare, moveri, ambulare, quiescere, & aliæ actiones animales & naturales cum iure nihil commune habent. Porrò hinc refutatur satis Pyrrhonis & Aristonis sententia, qui ius omne non natura, sed opinione atque instituto hominum constare volebant, ut est apud *Laertium* αἰσχρὸν τό γ' αἰσχρὸν κἂν δοκῇ κἂν μὴ δοκῇ. Càrneades quoque contra Iustitiam Romæ disputans contendebat, Nullum esse ius naturale: sed homines pro utilitate iura sibi sanxisse scilicet varia pro moribus, & apud eosdem sæpe pro temporibus mutata, ut est apud *Lactant. lib. 5. c. 17. & Epitom. c. 1.* qui hæc à Cicerone de Rep. sumpsit. Sed contra eos præclare disputat *Cic. in 1. de Legib. & Connan. lib. 1.* Vide *l. 42. ff. de V. S. §. 1. Instit. de oblig. quæ ex delic. nasc.* ubi furtum lege naturali dicitur prohibitum *l. jure naturæ* D. *de R. I. l. nam hoc natura 14.* D *de cond. indeb.* ubi hoc jure Naturæ æquum esse dicitur, neminem cum alterius detrimento & iniuria fieri locupletiorem. Et superiora tria iuris præcepta annon ex ipsa Natura expressa & hausta sunt, & in omnium hominum mentibus insculpta? Sic justitia quoque naturalis dicitur *in l. 13. scire. §. 7.* D. *de excus. tut. &* ratio naturalis *à Paulo l. 7.* D. *de bon. damnat.*

JUS GENTIUM est ius commune omnium hominum, sive quod à naturali ratione inter omnes homines constitutum, apud omnes populos peræquè custoditur *ut hic §. 1. Ulp.* definit, Quo iure gentes humanæ utuntur, *l. 1.* D. *de just. & ju.* unde *Livius lib. 5.* Ius humanum vocat. Diligenter autem notandum est, quod in definitione Iurisgentium dicitur, peræquè. Multa enim sunt Iuris civilis, quæ tamen apud alias quoque gentes sunt recepta, sed non peræquè, nec eodem modo; aut certè de iis in foro Rom. ius non dicitur, neque eorum ratio habetur. Etsi autem commodior videtur ea iuris partitio, quæ in Commune & Proprium, qua non solum Imp. hîc sed & *Gaius* vtitur *in l. 9. omnes populi & Vlp. ipse alibi, ut in l. 6.* D. *de just. & ju.* & Philosophi denique, qui ius faciunt Naturale & Civile: ut *Arist. 5. Ethic. & 1. Rhet. in fi.* Sæpè tamen in iure usus huius trimembris divisionis cernitur: ut cum servitus dicitur introducta iure gentium, cum libertas sit ex iure naturæ *§. 1. infr. tit. prox.* & proinde servi iuris naturalis capaces esse dicuntur: juris vero gentium & civilis non item *l. 64. si quod* D. *de cond. ind. l. 32. quod attinet* D. *de R. I.* jus autem naturale & gentium sæpè promiscuè pro eodem non tantùm à ICtis usurpantur, sed etiam à Cicerone & Gellio: *ut infr. h. t. §. pen. §. singulorum & §. per traditionem, vers. venditæ infr. de rerum divis.* Quomodo & *Paul. l. 1.* D. *Locati*, Locationem & Conductionem vocat naturalem & omnium gentium. Sic *Cicero 3. De offic.* Maiores nostri aliud jus gentium, aliud civile esse voluerunt &c. Et *ibid.* Neque verò hoc solùm natu-

rà, id

rà, id est jure gentium &c. Quomodo pro eodem accipiuntur, Natura debere, & jure gentum dare oportere *l. 84. cum amplius §. 1. D. de R. I.*

Propriè tamen ita hæc duo jura differunt, ut Naturale sit, quod mera & absoluta ratio, nullo utilitatis respectu, nulla commerciorum ratione habita; Gentium, quod ratio mixta usibus & necessitaibus humanis induxit. *ut infr. in verb.* Nam usu exigente &c. Unde & Dd. Jus naturale distinguunt non malè in Primæuum & secundarium: & jus gentium similiter. Deinde jus naturale planè est immutabile. *§. pen. infr. h. t. §. Vlt. infr. D. legit. agn. tut. l. 8. D. de reg. jur.* jus gentium ex parte interdum mutari aut abrogari potest: ut videmus hodie in servitute sublata, &c. Tertiò jus naturale nemini ignorare licet; Juris gentium ignorantia interdum excusabilis est, in mulieribus præsertim. Ait Imp. Omnes populi qui legibus & moribus reguntur &c. Quæ verba sumpsit *ex l. 9. D. de Iust. & Iure.* Crebrum autem & familiare admodum est alijs quoque auctoribus, Leges & Mores conjungere ut *Sallust. Iugurth.* Hi (Getuli) neque moribus neque legibus aut imperio cuiusquam regebantur. Cornific. ad *Herennium lib. 1.* Res ad usum civilem moribus ac legibus constitui. *Livius lib. 6 Belli Punici Trib. pl. appellati,* cùm Collegæ negarent se in mora esse, quo minus quod alicui more majorum permissum esset seu legibus seu moribus mallet acquireret. *Horat.*

Mos & Lex maculosum edomuit nefas.

Et idem alibi *Quid Leges sine moribus Vanæ proficiunt?* Quintilianus denique, Pleraque in jure non legibus, sed moribus constant.

Exempla juris naturæ hìc tria afferuntur: Maris atque fæminæ conjunctio: librorum procreatio & storgæ naturales: liberorum educatio. Cum enim homo à natura ad societatem sit conditus, & animal sit factus sociale, prima est societas in conjugio, quod dicitur individuam vitæ consuetudinem continere: Altera est cum libris. Vide *Aristot. 1. Politic. Bodin. lib. 1. De Rep. Cic. 1. de offic.* Deinde cum natura omnis sui conservationi & perpetuitati studeat: eam autem æternitate individui consequi nequeat: sibi simile generat. Neque generasse satis est, nisi etiam alas atque educes. Nam abijcere vel alimenta denegare est necare *l. 4. D. de agn. & al. lib.* (Unde satis mirari non possum, quid intra mentem venerit *Platoni 5. De ll. & Aristoteli 7. Polit. c. 16.* cum leges ferunt περὶ ἀποθέσεως καὶ τροφῆς τῶν γιγνομένων. Quas graviter reprehendit Ph*iloponus lib. contra* Pr*oclum de æternit. mundi c. 9.*) Quoniam autem homo & animo constat & corpore, & potissima eius pars est animus (adeò ut quidam existimarint animum cujusque esse hominem, corpus verò esse duntaxat ejus instrumentum) non solum corpori prospiciendum fuit alimentis, sed etiam animus institutione & doctrina excolendus. Cum autem naturalis sit obligatio ad ἀντίδωρα. *l. 25. sed etsi lege §. consuluit* D. *de pet. hæred.* hinc liberi parentes vice mutua alere debent. ἀντιπελάργησιν & ἀντιθρεπτήρια vocant Græci, item θρεπτὰ *l. 5. in pr. & §. parens* D. *de agn. & al. lib.* Et Homerus quendam scribit brevis vitæ fuisse, quod parentibus alimenta denegasset. (οὐδὲ τοκεῦσι θρέπτρα φίλοισ ἀπέδωκε· μινυνθάδιος δέ οἱ αἰών) Exceptio duplex est, Nisi videlicet vel pater filium detulisset *d. l. 5. §. 11.* vel (ut apud Græ-

eos receptum erat) nullo artificio ipsum imbui curasset: *teste Victruvio præfat. l.6. De architectura. item* Plutarcho *Galeno & Luciano*. Adeò autẽ parentes egeni à liberis alẽdi sũt, ut si id facere recusent, justa hęc sit exhęredationis causa. *Nov. 115.*

An autem & quatenus matrimonium sit juris naturæ, an vero civilis, *infr.* commodius dicetur ad *tit.* De nuptiis. Sunt & alia plura Juris naturalis exempla: ut libertas §.1. *inf. tit. prox.* vindicta seu tuitio ac defensio sui Nam & in bestias ea cadit: ut disputat Cicero 1. *de off. & pro Milone*. Florentinus tamen *l. 3. D. de just. & jur.* eam juri gentium ascribit. Sed eum refutat *Cannonus lib. 1.*

Ejusdem juris naturalis sunt & tria illa juris præcepta, superiore titulo exposita. Unde *Cicero laudante Lactantio lib. 6. c. 11.* ait, Hominem naturæ obedientem, homini nocere non posse, &c. Item omnes ferè condictiones hinc manarunt: ut Indebiti: Sine causa: causa dati, causa non secuta: & actio de dote aliæque, quæ ex æquo & bono dantur. Item furtum, adulterium, fraudem non admittere *l. 42. D. de V. S.* abstinere à commixtione parentum & liberorum *l. 14. D. de rit. nupt. infr. imittit. De nupt.* Item beneficio hominem afficere *l. 7. in fi. D. de serm. export.* Et benefactori gratiam referre *l. 25. §. consuluit D. de pet. hær.* Cicero *de Invent.* juri naturali hæc subijcit: Religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, obseruantiam, veritatem. Gratianus etiam liberorum successionem, & communem omnium possessionem, & acquisitionem eorum, quæ cælo, terra, mari capiuntur, item depositæ rei vel commendatæ pecuniæ restitutionem eidẽ attribuit *c. 7. Dist. 1.* Sed horum quædam commodius ad jus gentium, quædam ad jus civile referuntur.

Juris gentium exempla sunt in contractibus penè omnibus, ut *infr.* in verbis omnes penè contractus *l. 5. D. de just. & jure.* ubi obligationes pro contractibus pronuntur, effectus pro causa. Contractus enim obligationem pariunt, ut obligationes porrò ea actionum genera, quæ in personam dicuntur *l. 41. §. ea obligatio D. de procur. quod infr. lib. 3. & 4.* exponetur. Libertas item commerciorum, in quibus salus est Reipub. Vnde *Seneca 1. De benef. c. 9.* Quæ emeris vendere, gentium jus est. De contractuum autem & commerciorum origine, itemque de nummi usu, pulcrè disserit *Paulus l. 1. D. de contr. emp. & l. 1. D. de rerũ permut. Aristot. lib. 5. Ethic.* Ait Imp. penè omnes contractus. Excipiuntur enim quidam, qui à jure civili introducti sunt *d. l. 5.* Vulgò quatuor esse dicunt, secuti *Accurs. hic: & in d. l. 5.* (ut stipulationem, literarum obligationem, Emphyteusin, & Donationem propter nuptias, sive sponsalitiam largitatem.) Sed Emphyteusis potius annumeranda videtur contractib. Juris gentium: de quo plura dicam *ad §. adeò infr. De Locat.* De mera donatione, quæ contractus non est, *l. 18. D. de donat.* quæritur sitne juris gentium, an civilis: sicut & de testamento. Sed de eo commodius erit explicare *infr. lib. 2. ad tit. De donat. & de Testam. ordin.* Ex eodem jure gentium sunt, discretiones gentium, dominiorum distinctio, occupatio (*§. singulorum infr. De rerum divis.*) traditio (*§. per traditionem d. t.*) regna condita, bella, ut hostis, in hostem jus vitæ & necis habeat, & ut omnia bona victi fiant victoris teste *Xenophonte*: Servitutes *§. servi inst. tit. prox.* manumissiones *init. tit. infr. de libertin.* Item ut Legati sint sancti & inviolabiles

Liv. lib. 5.

Liv. lib. 5. & passim: Unde *Statius Papin. lib. 2. Thebaid.* sanctum populis per secula nomen Legatum appellat. *Cæsar. lib. 3. de bell. Gall.* Quantum in se facinus admisissent, intelligebant legatos, quod nomen apud omnes nationes sanctum inviolatumque semper fuisset, retentos à se & in vincula conjectos. Sic *Corn. Nepos in Pelopida:* cum Legationis jure satis tutum se arbitraretur, quod apud omnes gentes sanctum esse consuescet, à Tyranno Alexandro Phæreo in vincula conjectus est. Huc & Catonis illud pertinet, *quod refert Festus*: Caduceatori nemo homo nocet: ut filius primo genitus patri succedat in Regno & fratribus natu minoribus præferatur *Herodot. lib. 4. & 7. Liv. lib. 10. & 16. Iustin. l. 7. Pausan. l. 1. &c.*

Ad §. sed jus quidem Civile.

Tertium divisionis membrum porrò hic explicatur, idque in comparatione cum jure *gent. ut in l. 9. ff. de Iust. & jur.* Cognitis enim rerum similitudinibus & differentijs res ipsæ melius & penitius cognoscuntur, teste Platone. Initio autem admonendi sumus, Juris civilis verbum non uno semper modo accipi. Aliquando enim latissima significatione omne jus Politicũ tàm naturale quàm civile in specie acceptum, tam publicum quàm privatum continet: ut apud *Cic. pro Cæcin. & alibi.* Sic apud Pompon. *in l. 2. §. Iuris civilis & §. post hos D. de or. jur. & apud Vlp. in l. 1. D. de var. & extraord. cogn.* &c. Aliquando angustissimè sumitur, ita ut Prætorio opponatur *l. 7. D. de iust. & jur.* Aliquando juri naturali opponitur medio quodam modo. Interdum etiam apud Ciceronem pro jure privato vsurpatur. Interdum denique Jus civile pro legibus XII. tabb. accipitur: *ut in l. 10. C. de ju. delib. l. 7. D. de bon. dan. Vlp. tit. 22. in fragm. §. eos qui.* Pomponius peculiari quodam modo utitur, *in d. l. 2. §. hac disputatio D. de or. jur.* Est autem jus civile primò in genere, quod quisque populus sibi ipse jus constituit. *supr. §. prox. vers.* nam quod quisque & *l. 9. D. eod.* Alia enim alijs, sua singulis legitima sunt, ait de hoc jure *Pindarus apud Artemidorum lib. 4. onirocritic. cap. 3.* ἄλλα δὲ ἄλλοις νόμιμα σφέτερα δ' αἰνεῖ δίκαν ἕκαστος φησὶν ὁ Πίνδαρος. *Ciceroni in Topicis* est æquitas constituta tam civitati quam his, qui eiusdem civitatis sunt, ad jus suum obtinendum. In hac definitione æquitatis verbum pro jure ipso sumitur. Aliàs æquitas idem valet quod æquum bonum, Græcis ἐπιείκεια, estque pars Juris non scripti, ut *infr.* dicetur: & juri stricto opponitur, sive nimiæ subtilitati juris & scrupulositati *l. 12. in p. & l. 17. D. de iniust. rupt.* Licet subtilitas Juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur, inquit *ibi IC. vid. l. 8. placuit C. de iudic.* Differt autem jus civile à naturali seu gentium, quod hoc omnium gentium sit commune: illius soli cives sint participes *vid. l. 6. D. de iust. & iur. Cic. pro Mura*: Deinde, quod hoc est recentius, illud antiquius *§. singulorum inf. De rerum divis.* Tertio quod hoc facile mutetur; illud non item *§. pen. infr. h. t.* Quarto, quod huius causa est populus vel Rex; illius ratio naturalis, *ut supr. d.* In specie deinde Jus civile Rom. est, quod pop. Rom. sibi constituit, & quo utitur: *ut hic, in verb.* Et populus, item in *verb.* Sic enim & jus. Cum autem in iure civili Rom. omnibus ferme actibus sollemnia quædam adhibeantur, hinc factum est, ut & sollemne ius interdum dicatur pro civili *l. 27. nec*

 ex pra-

ex pratorio D. *de* R. I. Dicitur & ius Quiritum *hic & Vlt. Dist.* 1. Quirites enim (ut Porrò quirites) sunt Romani à Romulo, qui postquam inter homines esse desiit, Quirinus dictus est: sive quòd hasta Quiris lingua sit dicta Sabina, ut ait *Ovid.*

Hinc *Seneca* 3. *Natural. Quæst.* alium ait esse liberum jure naturæ, alium ex jure Quiritum. Sic & dominium olim duplex erat: Aliud quod dicebatur in bonis; aliud quod ex jure Quiritum: ut *Theophil. explicat infr. in tit. de libertin. & Boëthi: in Topic. Cic. Vlpian. in frag. tit.* Sed hodie posteaquam Justinianus nudum ius Quiritium sustulit, *l un.* C. *de nud. jure Quirit. toll.* nulla amplius in toto jure nostro eius fit mentio: nisi *in l.* 1. §. 2. D. *de rei unid.* ubi ex lege Quiritium posuit Tribonianus, pro eo quod scripserat IC. ex jure Quiritium. Plurimum autem refert observare, Jus civile Romanum hodie sublatis inde omnibus ferè sollemnibus & scrupulositatibus (*ut passim in* C. *& Inst. videre licet*) ad eam iam æquitatem redactum esse, ut penè pro jure gentium habeatur: quod ad scientiæ nostræ commendationem magnopere pertinet, obiiciendumq; est iis qui ei obtrectare solent. Monstrent enim nobis ullum opus quod de jure uspiam melius scriptum extet, & hoc repudiabimus illo recepto. Quod quamdiu non facient, sinant nos hoc Catone contentos esse & frui. Ceterùm si absque adiectione & simpliciter jus civile nominetur, Romanum intelligimus, ob eius videlicet excellentiam. Est enim id jus ex sapientissimis quibusque Rebuspub. expressum & haustum: maximeque id mutuati sunt Romani à sapientissima & humanissima Græcorum gente. Græci verò ab Ægyptiis id sumpserunt: Ægyptii ab Hebræis: Hebræi à Moyse: Moyses ab ipso Deo. Quamvis autem multa de præstantia & dignitate Juris Rom. dici possent: quia tamen talia ad declamationes potius quàm ad hasce prælectiones pertinent, in præsentia omittamus. Sic Homerus propter excellentiam commune Poëtarum nomen efficit apud Græcos suum, ut ait *in Topic.* Cicero. *Philo lib. de Abraham*: ὁ ποιητὴς ὅμηρος, μυρίων ὄντων ποιητῶν, κατ' ἐξοχὴν λέγεται. καὶ τὸ μέλαν, ᾧ γράφομεν, καίτοι παντός, ὃ μὴ λευκόν ἐστι, μέλανος ὄντος. καὶ ἄρχων Ἀθήνησιν ὁ ἐπώνυμος, καὶ τῶν ἐννέα ἀρχόντων ἄριστος, ἀφ' οὗ οἱ χρόνοι καταριθμοῦνται. Galenus in comment. quo docet, Mores animi sequi temperamentum corporis εἰώθασιν οὕτως τῶν ἀνθρώπων ἐνίοτε τὰ πρωτεύοντα ἐν τῷ γένει, τῷ τοῦ γένους προσαγορεύειν ὀνόματι. καθάπερ ὅταν εἴπωσιν, ὑπὸ μὲν τοῦ ποιητοῦ λελέχθαι τόδε τὸ ἔπος, ὑπὸ δὲ τῆς ποιητρίας τόδε. πάντες γὰρ ἀκούομεν ὅμηρον μὲν λέγεσθαι ποιητήν, Σαπφὼ δὲ ποιήτριαν. οὕτω δὲ καὶ θῆρα λέγουσιν ἐξαιρέτως τὸν λέοντα, καὶ ἄλλα τοιαῦτα κατ' ἐξοχὴν ὀνομάζουσι. Seneca in eandem sententiam *lib.* 8. *epist.* 1. Poëta communiter dicitur. Omnibus enim versus facientibus hoc nomen est: Sed iam apud Græcos in unius notam cessit. Homerum intelligas cum audieris Poëtam. Sic *Vellei. Paterculus lib.* 1. *histor.* Clarissimum deinde Homeri illuxit ingenium, sine exemplo maximum: qui magnitudine operum & fulgore carminum solus appellari Poëta meruit, &c. Plura de hoc Vatum maximo vide in nostris collectaneis Homericis. Sic Gregorius Nazianzenus eximio nomine Theologus dictus est: & ante eum Joannes Apostolus & Evangelista. Homeri autem testimonio sæpè & ICti & Imp. noster utuntur: unde apparet, Studioso Juris non esse aspernandos Poëtas, & minimè omnium Homerum: quem omnis virtutis parentem appellat Justinianus. Plinius fontem ingeniorum eorumque interdum

testimonio

testimonio uti licet & elegans habetur: ut & *Ioan. Fab. admonet infr. in tit. de emp. & vendit. Vid. Aristot. lib. 7. Ethic. c. 4.* Sic Eustathius annotat, Eos qui olympia vicissent, Homines appellari solere, Communi omnium mortalium nomine κατ' ἐξοχὴν ipsis tributo.

Exempla autem Juris civilis cernuntur in patria potestate *init. tit. infr. de pat. pot.* Matrimonio *init. tit. de nupt.* in agnatione §. *Vlt. infr. de leg. agn. tut.* in tutela §. *infr. de tutelis* in usucapione *init. tit. infr. de usucapion.* In testamento §. 2. *sed prædicta infr. de testa. ord.* in hæreditate tàm testamentaria quàm legitima: item legata *l. 120. verbis & l. 130. lege* D. *de verb. sign.* in stipulatione: in literarum obligatione: in mancipatione, emancipatione, in cretione & aliis sollemnibus: in sponsalitia largitate, in donatione propter nuptias, &c. Horum enim quædam per *l. 12. tabb.* quædam moribus, quædam constitutionibus principum introducta sunt: ut suis locis explicabitur. Et hæc de prima quæ est in *h. t.* Juris divisione.

Ad §. constat.

Altera divisione, quæ à forma sumitur, jus vel est scriptum vel non scriptum: cuius divisionis ratio *infr.* indicabitur *ad §. Et non in eleganter.* Illud est quod in scripturam relatum est: hoc quod sine scriptura observatur. Sed hæc ratione initii accipienda sunt. Postea enim fieri potest, ut cõsuetudo quoque sive mores literis mandentur ac describantur (ut in consuetudinibus Feud. factum esse constat) neque idcirco consuetudo in jus scriptum transire existimanda est *Oldend. clas. 5. act. pen. Ludolph. Schrader. tract. Feud. 2. part. 9. princ. sect. 3. n. 110.* Inepta igitur est divisio Gratiani *c. 5. dist.* 1. cum inquit: Apparet quod consuetudo est partim redacta in scriptis, partim moribus utentium reservata. Quę in scriptis redacta est, constitutio sive Jus vocatur. Quæ verò in scriptis redacta nõ est, generali nomine consuetudo videl. appellatur. Hęc ille: non rectè ut dixi: Cum autem ait Imp. ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι: allusit ad Platonẽ & alios. Platonis quidem dogmata cum recenset *Diog. Laërt. lib.* 3. sic scribit accõmodatè huic loco. Νόμου διαιρέσεις δύο. ὁ μὲν γὰρ γεγραμμένος, ὁ δὲ ἄγραφος. ᾧ μὲν ἐν ταῖς πόλεσι πολιτευόμεθα, γεγραμμένος ἐστίν. ὁ δὲ κατὰ τὰ ἔθη γινόμενος, οὗτος ἄγραφος καλεῖται· οἷον τὸ μὴ γυμνὸν πορεύεσθαι εἰς τὴν ἀγορὰν, μηδὲ γυναικεῖον ἱμάτιον περιβάλλεσθαι. ταῦτα γὰρ οὐδεὶς νόμος κωλύει, ἀλλ' ὅμως οὐ πράττομεν διὰ τὸ τῷ ἀγγράφῳ νόμῳ κωλύεσθαι. τοῦ ἄρα νόμου ἐστὶν ὁ μὲν γεγραμμένος, ὁ δὲ ἄγραφος. Præclarè quoq; *Artemidorus li. 4. Oneirocrit. c. 3.* τῶν ἐθῶν ἃ μὲν φύσει ἐστὶν ἃ δὲ νενόμισται, ἔστι δὲ πρῶτα μὲν ταῦτα καὶ ἡγεμονικὰ στοιχεῖα. τὰ μὲν οὖν φύσει δεῖ κατὰ τὰ αὐτὰ καὶ ἀσαλεύτως ἔχειν (hoc est quod *infr. dicet Imp.* naturalia jura immutabilia esse & perpetuo eodem modo se habere) τῶν δὲ νενομισμένων, ἃ μὲν συνθέμενοι ἀλλήλοις οἱ ἄνθρωποι αὐτοὶ ἑαυτοῖς πράττουσι, καὶ καλεῖται τὸ τοιοῦτον ἔθος. ἔστι δὲ, ὡς ἡ φήμη λέγει, νόμος ἄγραφος. ἃ δὲ φόβῳ τοῦ παραβαίνεσθαι γραψάμενοι, νόμους καλοῦσι, παρὰ τὸ νενομηκέναι, ταῦτα δεῖν οὕτως ἔχειν. Locus *Diogen. Laert.* revocat mihi in memoriam ea quæ scribit *Seneca lib. de Ira 2. cap. 27. & lib. 5. de benefic. c. 21.* quæ ipsimet loca inspiciatis velim.

Jus scriptum explicatur hic enumeratione VI. partium, quæ in textu sunt satis præspicuæ. Eædem *in l. 7. D. de just. & jur.* ubi ad duo summa capita revocantur: Ad jus Civile & jus Prætorium. Videatur & *l. 2. Dig. de Orig. jur.* Sic & *Cic. in Topic.* Item jus Civile per enumerationem partium definit, una complectens jus scriptum & non scriptum: Illius partes quinque facit: hujus duas,

duas, morem & æquitatem. Ne cui verò imperfecta hæc enumeratio videatur, quod res judicatæ seu sententia Judicis omissæ sint, quas addit Cicero, sciendum est, Sententiam non esse jus neque jus facere, nisi inter quos dicta est *l. 50. si servus* §. 1. D. *de legat.* 1. *l.* 13. *nemo* C. *de sent. & inter l.* Sententia inquam quo ad alios jus non facit, nisi vel perpetuò similiter judicatum sit *l.* 38. *nam Imp.* D. *de legib.* vel de statu alicujus, ut de ingenuitate, pronuntiatum. Ibi enim res judicata pro veritate accipitur *l. 25. ingenuum* D. *de stat. hom. l. 207. res judicata* D. *de reg. iur.* Sed partes Juris hic enumeratas ordine exponamus: ubi hoc prius admonuerimus, Eas à *Ioach. Hoppero* ad hæc genera revocari, ut alia sit Lex primaria, alia secundaria. Primariam legem suppartitur in Monarchicam, ut est Constitutio princip. Aristocraticam, ut est SC. Democraticam, ut plebiscitum. Secundariam legem vocat Edictum prætoris, quia scil. Prætor sit custos & vivia vox legum, ut *infra dicam.*

Legis verbum aliàs latissimè accipitur, ut & plebiscita & Constitutiones principum, & Edicta prætorum complectatur. Unde & Edictum lex annua dicitur Ciceroni. Aliquando propriè & strictè pro eo tantum iure, quod ab omni populo constituebatur ut hic. Denique angustissimè, pro legibus tantùm XII. tabularum, quæ est significatio κατ' ἐξοχήν ut apud *Cic. in Topic. & c.* Hodie omnia capita & aphorismos tam *in* D. *quam* C. legum appellatione dignamur, sive adeò Constitutiones sint, sive Edicta, sive Responsa prud. Porrò definitio Legis ab aliis alia affertur: ut à *Cic.* 1. *De legib. ut à Papiniano & Marciano in l. 1. & 2.* D. *de Legib.* quæ magis sunt populares & rhetoricæ descriptiones, quàm dialecticæ & accuratæ definitiones *Bodin.* 1. *De Reip. c.* 10. Legem definit recta summæ potestatis iussa, sive omnium, sive paucorum, sive unius sit potestas. *Aristoteles ita.* Lex est oratio finita, ex communi civitatis sponsione sive à principe constituta, quæ declarat, quemadmodum singula oporteat agere. *Philo lib. De præmiis & pœnis:* νόμος οὐδέν ἐστιν ἕτερον, ἢ λόγος προστάττων ἃ χρὴ, καὶ ἀπαγορεύων ἃ μὴ χρή. Cũ autem solius sit principis legem condere, utpote in quem populus lege regia omne ius suum transtulit *l. Vlt. C. de legib.* Rectè hic Imp. legem definit Jus tale, quod *pop. Rom.* Senatorio magistratu, ut consule, interrogante constituebat: *Reip.* scilicet tempore, antequam ad unum omnis potestas esset devoluta. Formula autem interrogandi apud Rom talis in usu erat: Velitis iubeatis Quirites &c. (ut apud Homerum Græci ἐπιψηφίζειν δικάζειν.) Quod & rogationem ad pop. ferre dicebatur. Qui se legem approbasset, ea perferri dicebatur: sin displicuisset, antiquari sive in morem pristinum reduci: *teste Festo.* Vide *Bodin. d. c.* 10. Nomen autẽ leges sortiebantur ab iis qui tulissent, sive ii Coss. essent, sive Tribuni: ut leges à Coss. latæ celebrantur inter alias istæ: Ælia Sentia: Junia Norbana: Papia Poppea, &c. Sed de modo ferendarum legum & nominib. variis videantur libri singulares Pauli Manutii, *Fr. Hotom.* & aliorum. Ferebantur autem olim non tantùm de iure privato, sed etiã de publicis sæpè reb. ut de magistratib. de criminib. sive Quæstionibus ac iudiciis publicis, de bello & pace facienda: de provinciis, de iure sociorum, de fœderib. &c. ut apud Livium, Ciceronem & alios videre est. Quòd si una lex plura promiscua capita cõplecteretur, per satyrã rogata latave dicitur.

Ex autem

Eæ autem partes legum, quibus pœnæ continentur in transgressores, sanctiones vocantur. *§. sanctæ. vers. ideò. infr. de rer. divis. l. 41. sanctio. D. de pœn.* Porrò Consulem hîc vocat Senatorium magistratum; ut mox Trib. pl. plebeium. Reipub. verò temporibus magistratus ita dividebatur, ut alii essent patricii, alii plebeij, ut passim apud *Cic. & Liv.* Initio autem Consulatus tantum erat patricius; quamvis postea etiam cum plebe communicatus sit. Sub Impp. mutata jam patriciorum significatione, Senatores quoque aliter usurpari cœpti sunt. Dicebantur enim hoc nomine ij, qui olim patricii, id est nobiles. *l. ult. D. de Senat. l. 1. C. de dignitat. lib. 12.* Patricii verò (qui & Principum patres) eadem ferè tunc fuêre dignitate, qua hodie per Germaniam Principes Imperii. Porrò de legum naturâ notis, proprietatibus & interpretatione, quomodo item abrogentur, *sub tit. D. de legib.* agitur, & explicatur hæc à Duareno. *Vide & Stobæ. tit. de legib. & consuetud. & Giphan. Theses de princip. Iuris.* Illud quoque notandum, Privilegium à lege ita differre, quod hæc communiter in universos & singulos feratur, & omnium vitas constringat. *l. 8. jura D. de ll. l. 9. C. eod.* Illud tantum in unum aut paucos: unde & nomen habet, q. lex priva. Privum enim veteres singulum dixêre, & proprium uniuscuiusque, *teste Nonio Marcello.* Conceduntur autem privilegia vel ad alicuius commodum (quæ & beneficia & prærogativæ sæpè dicuntur) vel ad detrimentum & onus: Idque ne fieret, nisi centuriatis populi comitiis, lege XII. Tab. cautum erat. *Vid. Cicer. 3. de ll. & orat. pro* Domo *sua & post Reditum in Senatu.* Princeps tamen privilegium alicui concedere potest, vel pœnam singularem irrogare. *ut infr. vers. sed & quod principi. h. t.* vide *c. 3. privilegia. Dist. 1.* Et sunt in jure nostro privilegia partim rei seu causæ, partim personæ. *l 196. privilegia* D. *de R. I. l 68. in omnib.* D. *eod.*

Quid autem Lex à consuetudine differat infra exponetur. Hîc illud observetur, quod eleganter scripsit Dio Chrysostomus lib. περὶ ἐθῶν: Legem tyranno, consuetudinem regi esse similem. Quia scilicet consuetudo paulatim aliquod jus introducat; quod Lex illicò & perfractè iubet, &c.

PLEBISCITUM est jus quod plebs scivit sive constituit, plebeio magistratu interrogante. *ut hîc.* Græcis hæc sunt ψηφίσματα. Sic & populi scita dixit Cic. Corn. Nepos & Val. Max. De origine plebiscitorum videatur *l. 2. §. deinde cum D. de orig. iur.* Plebi enim, quæ à patribus ter secessionem fecerat, ad compescendas & sedandas seditiones concessa & indulta sunt, quemadmodum & Tribunatus ipse, ut pluribus videre est apud *Liv. lib. 3. &c. & Theoph. hic & Asconi: in Corneliana.* Plebs enim nisi ipsa quoque sit aliquomodo particeps honorum & imperii, indignatur contra optimates, & ad seditiones prona est: *teste in Politicis Aristotele.* Ea autem ab initio non universum populum, sed plebem duntaxat, à qua scilicet sola constituta essent, obligabant: quæ erat insignis inter leges & plebiscita differentia. Tandem lege Horatia (à M. Horatio cos. lata) Deinde Pisoniana, (*Liv. lib. 8.*) & denique Hortensia (à Q. Hortensio Dictatore lata, (*Plinio lib. 16. c. 10. Gell. lib. 15. c. 27.*) hæc vis plebiscitis tributa est, ut universum populum, patricios simul cum plebe, tenerent. Et hoc est quod Imp. ait, non minus valere quam leges cœperunt. Hinc factum, ut Lex Falcidia, Lex Aquilia,

quilia, Lex Voconia & similes (quæ plebiscita fuerunt) Leges tamen dicerentur. Et Festus in verbo Sacramentum plebiscitum Papirianum vocat legem Papirii trib. pl. Non rectè autem Connanus & alii hîc pro Hortensia legendum contendunt Horatia, quia scilicet Livius nullam Hortensii mentionem faciat. *Vid. A. Conti. lib. 2. Subsec. lect. c. 8.* Populi & plebis differentia satis est in lib. nostro manifesta: nimirum talis, qualis est inter partes & totum. *Vid. l. 138. plebs. D. de verb. sig.* Tribunum autem plebis fieri non potuisse qui non esset plebeius, vel inde liquet, quod Clodius, ut eum magistratum capescere & Ciceronem vexare posset, plebeio homini se arrogandum dedit: ut est passim apud Ciceronem.

Ad §. SC.

Senatusconsultum (quod & Senatus decretum & dogma dicitur, (Sallustio etiam Senati decretum ἀρχαϊκῶς) tertiam constituit Juris scripti speciem: de qua quæst. *& l. 9. D. de legib. & Senatusconsultis & c. 3. dist.* 2. De origine Senatusconsulti & causa hic ait Imper. & Pompo. *l. 2. ff. de orig. Iu.* Fuit illa difficultas cõventus totius populi: ob quam necesse fuerit quædam à Senatu decerni qui facilius convocari poterat, propter paucitatem. Verior tamen causa videtur petenda esse ex statu & forma Reip. Romanæ, quæ erat, ut quædam per populum totum, quædam per Senatum administrarentur, nam non fuit simplex sed ex pluribus composita forma Resp. Romana ut docet Polybius *lib. 6.* Antiquis autem temporibus omnia penè per Senatum paucissimis exceptis gerebantur, unde quemadmodum leges, ita & Senatusconsulta ferè condebantur de iure publico. Tandem verò sub Principibus minor subinde esse cepit authoritas Senatus. Principes enim utpote in quos translata esset omnis potestas, per se omnia agebant. Dicis tantum causa in Senatu proponebant orationes de iis rebus, quas ipsi vellent constituere, ut à Senatu confirmarentur. Unde fit, ut sæpè idem ius nunc dicatur constitutum esse Senatus consulto, nunc oratione Principis *l. 8. ff. de transact. l. pen. ff. ad Senatusconsultum. Tertull. l. orat. ff. de sponsalibus. l. 32. ff. de donat. inter Virum & uxorem & alibi. vid. Brisson. lib. infr. antiq. cap. 16.* Vis autem & potestas Senatusconsulti est eadem quæ legis §. *quos autem infr. de bonorum poß.* Notandum hic est Senatum sæpe in jure dici amplissimum ordinem: item in hoc significatu proprium esse verbum censendi & placere. Appellatur etiam venerabilis cætus *ut in l. 3. C. de ll.* Sed & hoc observandum Senatusconsultum & Senatus decretum idem valere. Nam quod Ælius Gallus ea distinxit ita ut Senatus decretum diceret esse particulam quandam Senatusconsulti, hoc discrimen argutius est, quàm verius. Nam promiscue & pro eodem utrumque usurpatur, videatur Festus. Exempla Senatusconsultorum etiam in Institutionibus aliquot commemorantur, ut Trebellianum, & Pegasianum *infr. t. de fideicom. hered.* item Senatusconsultum Tertull. & orficianum *infr. lib. 3. t. 3. & seq.* item Claudianum, §. *ult. infr. de ass. libertorum, & t. de success. sublatis,* item Macedonianum *in §. illud proprie, quod cum eo qui in aliena potestate est.* In Pande. plura sunt, ut Senatusconsultum Velleianum, Trebell. Sylanianum, Libonianum: plura de Senatuconsultis videte apud *Hotom. in lexico Iuris. item in lib. singulari,* quem de illis edidit Cancellarius Polonicus Joan. Samoiscius.

Ad

Ad §. Sed & quod.

Principum placita quartam constituunt Juris Scripti partem: quæ & constitutiones dicuntur *l. 1. ff. de const. Princip. t. C. de leg. & const. Principum.* Unde eleganter Julianus Imp. apud Ammianum Marcellin: *lib. 23.* hanc prærogativam principum vocat, ut quod dixerint vel censuerint pro potestate auctoritatis, id justum sit. Sed observandum est, quod constitutionis vocabulum aliàs generale sit, ut omnes illas species, de quibus infra, complectatur: aliàs speciale de edictis tantum, ut *hic in verbu* hæ sunt quæ constitutiones, &c. Vocantur etiam mandata Principum ut *t. C. de mandatis Princ.* & rescripta *ut t. C. de rescriptis,* & alibi: item programmata & edicta *l. 3. C. de ll.* & statuta *§. ita tamen sup. de vi. bon. rapt. l. 3. C. sentent. ex periculo recitandis:* & constituta *in l. 5. C. de paganis.* Origo huius potestatis & Juris hic exponitur *ex l. 2. §. novißime ff. de orig. Juris, & à Dione lib. 52.* quia scilicet pop. Romanus ob imperij molem & magnitudinem, itemq; ob dissensionem populi & optimatum potestatem & imperium ad Imperatorem transtulerit *l. regia*; quò pertinet locus apud Isocr: ubi Monarchiam hoc nomine laudat, quod rebus perturbatis & difficillimis temporibus ad illam pervenire tandem oporteat. Passim autem fit mentio istius legis regiæ ut *hic & l. 1. ff. de const. Princ. l. 2. d. l. 2. de orig. juris. l. 1. §. sed in hoc C. de vet. jure enucl. l. ex imperf. C. de testamentis,* ubi appellatur lex imperij. Per eam primum Romulo confirmata est regia potestas: & postea in Imperatoribus revocata. Dicebantur & alio sign. Leges Regiæ, quæ scilicet à Regibus ante 12. tabb. latæ essent. dicta: *l. 2. ff. de orig. iuris.* Antonius Contius. *scribit lib. 1. subsec. lect. cap. 6.* Legem hanc latam est sub Vespas. Quod autem hic dicitur ei & in eum; idem valet utrunque: nam hoc dicit, populum transtulisse in Principem omnem potestatem. Vis igitur huius partis hæc est ut legum habeant vigorem *de legib. & §. quos autem infra de bonorum posses. Gunth.* Notandæ etiam hic sunt duæ divisiones constitutionum: quarum prior à forma sive modo est trimembris; aut enim per epistolam fiebant, aut per cognitionem & decretum, aut per edictum ut hic. Per Epistolam, cum Princeps consultationi Præsidum, vel Judicum, & supplicationi partium subscribendo respondebat vel annotando, unde hæc pars etiam annotatio Principis dicitur *l. 6. C. si contra jus vel ut. publicam.* Dicitur etiam sacrum oraculum *l. 5. C. d. t.* & sacri affatus *in l. 6. C. de diver. rescriptis.* Exempla passim sunt in Pandectis, & in ipsis Institutionibus, & Codex magna ex parte talibus rescriptis constat, itemque totus lib. ult. Epistolarum Plinii. Decretum alias in genere significat cuiuslibet Magistratus sententiam, quam is præcedente causæ cognitione, sive cognitionaliter pronunciavit. Sed hoc loco est sententia Imperatoris, quam pro tribunali, vel in consistorio suo causa cognita protulit. Ea sententia habet vim legum, sed ita demum, si hoc Imperator voluerit, ut etiam in aliis causis jus faceret, & non aliter *l. 3. C. de ll.* Huiusmodi decretorum sex libros collegit Paulus, quæ ab Imperatore Severo & Antonino pro tribunali dicta erant. Porro ad decreta pertinet quoque interlocutio de plano *l. 2. §. dies & §. seq. ff. quis ordo in bonorum poss. servetur.*

ord. Et obligationes quædam dicuntur honorariæ §. *prætoria inf. de oblig.* Et actiones honorariæ passim dicuntur, *ut l. 6. §. 2. D. de confessis l. 178. D. de V. S. l. 35. D. de oblig. & actio: l. 39. D. de noxal. act. l. 6. §. 1. D. ad Senatusconsult. Trebel.* Sic Curatores honorarii dicuntur qui à Prætore constituebantur, quibus opponuntur legitimi quos lex ipsa constituit *apud Vlp. t. 12. §. infrag.* Vis porro & potestas huius juris non est illa quidem tanta, quanta legis aut alterius partis ex jure civili, sed tamen non modicam juris auctoritatem edictum prætoris obtinet: ut hîc. Nam olim edictum erat tantum annua lex, ut nuper dicebam, sicut & ipsa prætura. Unde etiam actiones ex hoc jure descendentes plerunq; dabantur infra annum, qua de re dicam *infr. init. de perp. & tempor. action.* Hinc fiebat ut lex una per alteram abrogari posset: Prætor vero non potest jus civile tollere, nam debet potius subsequi illud quam ei directò repugnare ut *l. 12. §. si res D. de publiciana l. 14. D. de testibus l. 5. §. hac lege D. de iniur. l. 39. D. de noxal. act. l. 10. §. si mortuo D. de capt. l. 6. §. 2. de confessis.* Hinc etiam lex heredem facere potest *l. 13. D. de verb. sign.* Prætor nõ verò potest §. *quos autẽ, inf. de bon. poss.* sicut neque Dominum, neque agnatum, neque filium iustum. Hodie tamen postea quam edictum cœpit esse perpetuum eandem ferè cum reliquo iure scripto vim habet. Postremo exempla iuris prætorii sunt, I. omnes restitutiones in integrum: de quibus agitur *aliquot tt. lib. 4.* D. II. bonorum possessiones, *ut inf. t. de bonorum poss. vide §. emancipa: infr. de hæred. quæ ab intestato.* III. Interdicta de *quibus infr. lib. 4.* IV. obligationes & act. quædam *de quibus infr. in t. de perpet. & temp. actio: & t. de obligat.* Cum enim iure civili paucæ sint actiones, Prætor eas supplet, ut est *in l. 11. D. de præscriptis verbis.* Sic Prætor introduxit actionem ex constituto, item ex hypotheca, ex iureiurando, quæ tantum sunt nuda pacta, ex quibus iure civili nulla actio nascebatur. V. Cautiones quædam sive stipulationes & missiones in possessionem *ut inf. t. de divis. stipul.* VI. Exceptiones ferè omnes quæ propter æquitatem quandam excludunt actionem quæ ipso iure competebát, *ut infr. t. de except. lib. 4.* Idemque confirmat *Cic. lib. 2. de inven.* Huc pertinent pacta quæ conservat & tuetur Prætor datis exceptionibus ut est *in D. de pactis.* Postremo est etiam quoddam genus testamenti hoc jure introductum, *de quo infr. ad t. de testam. ordinandis.* Et hæc de jure prætorio: Porro Edictum Ædilium Curulium etiam est pars quædam juris honorarii. Et quidem Paulus etiam Prætorem posuit pro Ædili *lib. 1. sent. t. t. 15.* Vnde non absurdè etiam jus hoc ædilium dici posset jus prætorium. Edicebant autem Ædiles non de omnibus rebus, sed tantum de quibusdam causis: ut hîc: nimirum de rebus vendendis, ut de rerum venalium vitiis, aut si quid à venditore dictum esset vel promissum, ut id præstaretur item ut dupla promitteretur in rebus preciosis. Hinc actiones quanti minoris, quæ etiam æstimatoria dicitur *l. 43. §. 6. D. de ædil. edicto:* item actio redibitoria, quæ actiones similiter sunt temporales ut prætoriæ quædam *l. 38. D. de ædil. edicto.* Item de animalibus feris non habendis quà vulgò iter fieret, *t. t: D. si quad. paup. fec. dicat. & infr. e. d.* De aliis rebus, ut dixi, non edicebant Ædiles: & ne quidem de locatione *l. 63. D. ædil. edicto:* Cum tamen illa sit vicina emptioni & venditioni *init. t. inf. de locat. & conduct.*

Ad §. responsa.

Responsa prudentum sextam & ult. partem constituunt juris scripti. Prudentes (qui & Juris prudentes vocantur plenius, & Juris vel Jure periti) sunt Jurisconsulti: qui dicuntur etiam autores Juris & simpliciter Auctores, & Juris cōditores, item Juris Studiosi teste Gellio *lib. 12. cap. 13.* Deinde responsorum verbo hic non tantùm continentur ea quæ consulentibus respondebant (quæ hodie Consilia vocantur) sed quælibet Jurisconsult. Scripta & commentaria: quorum varii extant tituli in Indice pandectarum & in Inscriptionibus Legum in Pand. Totæ enim Pandectæ ex responsis prudentum compositæ sunt, ut ex Constit. Principum Codex. Erat autem horum triplex olim munus JCons. ut præclarè explicat Hotom. in Jurisconsulto & M. Wesenbec. Sed præcipuum erat de jure respondere: idque primis quidem temporibus Romæ Principes civitatis viri facere solebant, qui ferè etiam Pontifices erant, ut passim apud Cic. *lib. de oratore* videre licet. nam hi transverso foro inambulabant, vel domi suæ in solio sedentes, & omnibus sui consilii copiam faciebant quicunq; consulere vellet, teste Cic. *lib. 3. de orat.* Eosq; adituri solenniter quasi veniam precantes dicere solebant. LICET CONSULERE? Deinde quicunque studiorum & ingenii sui atq; doctrinæ fiduciam habebant, consulentibus respondebant. Tandem cum res in abusum venisset, ut fit, omnibus promiscuè & passim sibi hoc sumētibus, opus fuit autoritate publica: atq; ita hæc facultas ab Imperatoribus impetrari solita est, sub Augusto ut *hic* & *l. 2. §. post hunc ff. de orig. jur.* Qui ergo tunc sine authoritate publicâ de jure scriberent, eorum libri non erant publicè recepti, nec auctoritatem in causarum decisionibus obtinebant. *l. 1. C. de vet jur. enucl.* Hodie autem observandum, quod scripta Jurisconf. omnium eandem autoritatem habeant, cum Justinianus ea sua esse voluerit *d. l. 1. vers. sed neque. C. de vet. jur. enucl.* olim quidem non fuit omnium par autoritas, sed si qua dissensio esset inter illos, & numerus utrinq; æqualis, prævalebat sententia eius partis, in qua esset Papinianus, qui quemadmodum singulos vincebat, ita vincebatur à duobus *l. unica C. Theodosiano de responsis prudentum.* Auctoritas igitur & vis hujus juris ea est ut non liceat judici à responsis prudentum recedere *ut hic & init. t. inf. de off. Iudicis,* ubi ait Theoph. Judicem imprimis observare debere ne aliter; judicet quam legibus aut constitutionibus, aut legislatione prudentum proditum est, sic enim interpretatur quod ibi in textu dicitur, Moribus. Cum autem Imper. dicat Responsa prudentum esse sententias & opiniones eorum: inter hæc duo fuerunt qui sic distinguerent, ut Sententiæ sint Responsa absq; illa hæsitatione prolata; opiniones autem cum titubatione quadam: quasi Justinianus Responsa in istas duas species partiri voluisset. Sed verius esse puto, hæc duo ex παραλλήλων posita idem significare. Vid. & *Tib. Decian. Apolog. adversus Alciatum.*

Atq; hæc de sex partibus Juris scripti. Quæritur hic de statutis sive de legibus municipalibus cui parti annumerandæ sint & Bart. aliiq; ad *l. ult. ff. de pæn.* volunt esse ad jus prætor. referendas, quia scil. omnes Magistratus municipales habeant

habeant jurisdictionem similem prætoriæ. Ratio autem cur hæ sex partes sint juris scripti apud Romanos sumi debet ex statu Reip. Romanæ. Nam certiss. hoc est principium politicum leges pro statu Reip. (ad quem scilicet accommodandę sunt) variare. Jam verò status Reip. Romanæ ex pluribus formis mixtus & quasi compositus fuit, ut *supr.* dicebam ex Polybio. Duplex autem fuit quo ad leges & jura quibus nos utimur.

Nam vel multi præfuerunt vel unus. Cum multi præessent tripartitus erat status, partim enim populus, partim plebs, partim optimates præerant. A populo universo est lex, ab optimatibus SC. à plebe plebiscitum. Cum unius dominatu contineretur Resp. jus ab eo compositum dicebatur constitutio Principis, & hæ sunt 4. juris scripti partes, Reliquæ duæ ut edictum Prætoris, & responsa Prudentum fluxerunt à Prætore tanquam ministro & custode, sive executore & viva voce legum: Deinde à Jurisconsultis tanquam Interpretibus. Nam leges & Jura nequeunt consistere sive ministro & Interprete.

Ad §. ex non scripto.

Altera pars Juris est jus non scriptum: quæ uno verbo etiam consuetudo dicitur & alibi longa consuetudo, & diuturna, & inveterata & usus longævus: *vide l. 32. cum tribus seqq. ff. de ll. & t. C. quæ sit longa consuetudo:* Dicitur hoc jus etiam mores sive mos & instituta. Varro quidem & Lactant. *lib. 5.* ut & Cuiacius *lib. 2. Feud. tit. 1. & ad tit.* C. *Quæ sit long. consuet.* putant acutè aliquid interesse inter morem & consuetudinem. Sed animadverti, ea promiscuè usurpari *videatur & distinctio 8 prima parte decret.* Est autem consuetudo jus non scriptum quod usus approbavit, & quod diuturni mores consensu utentium comprobati introduxerunt, vel brevius, est jus moribus constitutum. Porro vis & potestas consuetudinis est hæc, ut valeat pro lege, sed in illis tantùm casibus, de quibus legem seu jus scriptum non habemus *d. l. 32. ff. de ll. & l. seq.* Nam si legem scriptam habeamus, consuetudo illi cedere debet, meritoque usurpabitur illud Constantini *l. 2. C. quæ sit longa consuet.* Quod plane inverterunt autores *lib. Feudalium 2. tit. 1.* Auctor sive causa efficiens consuetudinis est populus perinde ut & legis. Tantùm hoc interest quod populus in lege ferenda expressè suam voluntatem per suffragia declarat & subitò; in consuetudine verò tacitè & paulatim, ipsis nimirum rebus & factis: quæ duo quantum quidem ad effectum nihil differunt, & ita accipienda est *d. l. de quibus 32.* Hinc eleganter *Tertullianus* ait; Nec differt, scripturâ, an ratione lex consistat, quando & legem ratio commendat. Consuetudo in civilibus rebus pro lege suscipitur cum deficit lex. Et *Seneca inquit lib. 1. controv. infr.* Quædam sunt jura non Scripta, sed omnibus scriptis certiora: cui convenienter *Paulus l. 36. D. de ll.* Magnæ authoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. Imò etiam ipsæ leges firmitatem suam accipiunt usu, sine quo vim nullam habent: *teste Arist. 2. Polit. cap. 7.* Et ut Horatius ait: Nil leges sine moribus vanæ proficiunt Hinc scitè Demetrius: ὁ νόμος συνήθεια ἔγγραφος· συνήθεια δὲ ὁ νόμος ἄγραφος. Lex, inquit, nihil est aliud quàm consuetudo scripta: consuetudo

autem est lex non scripta. Exempla hujus juris hęc potissimùm commemorantur 1. patria potestas, *l. 8. ff. de his qui sunt sui vel al. juris.* Deinde substitutio pupillaris *§. 1. infr. de pupil. subst. l. 2. ff. de vulgari & pupill.* 3. ut prodigo interdicatur bonis. *l. 1. ff. de curatore & furioso* Item 4. ut mulieri vel pupillo detur Tutor si cum Tutore suo legitimo judicio agere velit *Ulp. t. 11. §. moribus* 5. ut fæminæ non fungantur civilibus officijs *l. 12. ff. de iudicijs l. 2. de reg. jur.* 6. prohibita donatio inter virum & uxorem *l. 1. ff. de donat inter vir & uxor.* 7. codicilli, initio *t. 1. de codicill.* 8. Fide commissa *infra de fidei comm. hered.* Denique notandum esse & alias juris non scripti partes, verbi gratia aut est æquitas, sive æquum bonum de quo supra dixi. Secundo ipsum jus naturale seu gentium dicitur jus non scriptum à *Sophocle in Antigona, à Platone, Aristot. 1. Rhet & Cic. per Milone.*

Ad §. & non ineleganter.

Rationem cur jus aliud scriptum aliud non scriptum apud Romanos fuerit, hic reddit Imper. sumptam ab institutis duarum civitatum Græcanicarum, Athenarum, scilicet, & Lacedæmonis. Cum enim Roman. à Græcis jus magnam partem mutuati sint *teste Pomponio in l. 2. D. de orig. iur. Livio lib. 3. Dionysio lib. 2. Atheneo lib. 6. & alijs:* voluerunt eosdem hac in re etiam imitari, ut jura partim scriberent, partim non scriberent. Athenentibus quidem Solon (obliteratis legibus Draconis, quæ ob nimirum rigorem sanguine scriptæ dicebantur:) leges tulit scriptas, quas Pompon. vocat inclytas *d. l. 2.* Spartanis verò Lycurgus leges sanxit easque scribi prohibuit, sed memoriter tantum edisci ac recitari voluit. Sic enim ille persuasum habuit inviolabiles ac diuturnas magis fore suas leges, si animis civium inscriberentur, non tabulis; mentibus, non libris. De utrumque legibus videatur *Plutarch. & Iosephus lib. 2. contra Appionem. Arist. lib. 2. Polit. & Laertius in vitis Philosophorum.* Spartanorum leges vocabantur axones & rhetræ: quas Romam translatas fuisse scribit etiam *Ammianus Marcellinus lib. 16.* Videtur & altera ratio non esse contemnenda, quæ ex ipsa legem natura & conditione petitur: quæ est quod non possunt leges ita scribi ut omnes articulos qui quandoque inciderint comprehendant *l. 10. & l. 12. ff. de ll.* Ideo necesse est ut quædam tacito populi consensu addantur *d. l. de quibus ff. de Legib.*

Ad §. sed naturale.

Quæ hactenus fuerunt, ea ad jus constituendum pertinent. Sequitur de eo tollendo, ubi differentia insignis observanda est inter jus Naturale & Civile, quo scilicet illud est immutabile, hoc tolli ac mutari potest. Ejus mutandi modus duplex hic affertur *infra.* Tacitus populi consensus, id est, desuetudo; ut cum Romani tacito consensu & non utendo abrogarunt Legem, quæ erat in 12. tabb. De corpore debitoris membratim secando, ac inter plures creditores, quibus non esset soluendo dispertiendo *Vid. Gell. lib. 20. c. 1.* Hoc vocabant in pristinũ morem deduci Legem *teste Festo.* Alter modus est: posterior Lex priori contraria *l. ult. ff. de constit. princip. l. 1. §. servi ff. de quæstionib.* Quod & in 12. tabb. cautum

tum fuit *teste Liv. lib. 3.* ut id ratum esset quod postremum populus jussisset. Cum enim ad statum Reip, & utilitatem civium accommodandæ sint, ea autem sæpe variet & mutetur, Leges unâ quoque mutari necesse est. Unde pulcherimè *Liv. lib. 34.* Quas tẽpora aliqua desiderarunt Leges, mortales & temporibus ipsis mutabiles esse video. Quæ in pace latæ plerumque bellum abrogat: quæ in bello pax. Unde *Gell. quoque lib. 2. c. 24.* Legibus tribuit quoddam senium: Legibus (inquit) istis situ atque senio obliteratis. *Günther. Ligurini lib. 8.* vel senium passas Leges revocare velitis, *& lib. 3.* Et senio fessas mutasque reponere Leges. Idem eod. lib. Sed veterum Leges edictaque regia longo justitio silent. Et Justinian. hac de re præclarè disserit *in l. 2. C. de vet. jure enucl.* & passim in Novell. ut *Nov. 127.* ut fratrum filij: Nostras, inquit, Leges non piget nos emendare, ubique utilitatem subjectis invenire volentes, quibus verbis simul scopum & finem Legislatorum indicat. Denique de mutatione & abrogatione Legum illustris est locus Tertulliani, quem describere operæ preciũ fuerit: Ait igitur in eruditissimo illo Apologetico adversus Mirami ni Gentes *cap. 4.* hominem aut errare potuisse in lege condenda, aut resipuisse in reprobanda. Nonne & ipsius Lycurgi leges à Lacedemonijs emendatæ tantum doloris auctori suo intulerunt, ut in secessu inediâ de semetipso judicarit? Nonne & vos quotidie experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis totã illam veterem & squalentem silvam Legum novis Principalium rescriptorum & Edictorum securibus truncatis & cæditis? Ubi quod ait de Lycurgi exitu, quam sibi ipsi fecerit inediâ, idem repetit *inf. cap. 46.* Lycurgus (inquit) apocarteresin optavit, quod Leges ejus Lacones emendassent. Sic germanum in modum de mutatione illa morum & Legum apud Romanos scribit luculenter *Prudentius lib. 2. contra Symmach.*

Roma antiqua sibi non constant versa per ævum,
Et mutata sacris, ornatu, Legibus, armis,
Multa colit, quæ non coluit sub Rege Quirino:
Instituit quædam in melius, non nulla refugit,
Et morem variare suum non destitit, & quæ
Pridem condiderat jura, in contraria vertit, &c.

Sic *Cæcilius quoque ad Phavorinum* sic inquit *apud Gell. lib. 20. cap. 1. Noct. Altic.* Non profectò ignoras Legum importunitates & medelas pro temporum moribus, & pro Rerum public. generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, feruoribus mutari atque flecti, neque uno statu consistere, quin ut facies cœli & maris, ita rerum ac fortunæ tempestatibus varientur, ubi deinde exemplis hoc illustrat.

Porrò jus Naturale semper firmum & immutabile manere præclare disputat etiam *Cic. 1. de Legib.* & divinus ejusdem locus *ex lib. 3. de Repub.* commemoratur *à Lactantio lib. 6. cap. 8.* Est quidem (inquit) vera Lex, recta ratio naturæ congruens, diffusa in omnes, constans,

stans, sempiterna, quæ vocat ad officium jubendo, vetando, à fraude deterret: quæ tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic Legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest. Nec verò aut per Senatum, aut per populum solui hac lege possumus. Neque est quærendus explanator aut interpres ejus alius. Nec erit alia Lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac: Sed & omnes gentes & omni tẽpore una & sempiterna Lex continebit & immutabilis: unusque erit communis quasi Magister & Imperator omnium Deus, Legis hujus inventor, disceptator, lator, cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac naturam hominis aspernabit: hoc ipso luet maximas pænas, etiamsi cætera supplicia quę putentur effugerit. Idem Lactant. *d. lib. 6. c. 9.* Cur (inquit) per universos populos diversa & varia jura sunt condita? nisi quod unaquæque gens id sibi sanxit, quod putavit suis rebus utile, ubi quod obiter moneo, pro universos populos, malim legere, diversos. Et mox sicut illi duodecim tabularum conditores, qui publicæ utilitati pro cõditione servierunt. Huc pertinet quod ait *innocent. III. in c. non debet ext. de consanguin. & aff.* Nõ debet reprehensibile indicari, si secundum varietatem temporum statuta quandoque varientur humana, præsertim cum urgens necessitas vel evidens utilitas id exposcit. &c. Aliud est igitur civile jus, quod pro moribus ubique variatur: aliud vera justitia, quam uniformem ac simplicem proposuit omnibus Deus. Pulcherrimè quoque *Sophocles in Antig. quem & Aristoteles* adducit *lib. 1. Rhe. & Buchan. lib. 12. Rer. Stoic.* Ait enim in persona fæminæ ad *Tyrannum*: Non putabam, tua imperata tantam vim habere, ut ipse mortalis immortalium Deorum jura non scripta & immota transilire posses: Illa enim non heri demum neque nudius tertius nata sunt primùm, sed vivunt sempiterna, neque est quisquam, qui eorum initium sciat, quando primum extiterint, &c. Ad illud autem quod supra dictum Jus naturæ immutabile esse, cum aliæ multæ quæstiones moveri possent, quas hic brevitatis causa prætermittimus, tum hæ in primis duæ:

I. An defensio sui adversus vim injustam, quam constat esse juris naturæ *l. ut vim 3. D. de Iust. & jur. juncta l. 1. §. cum arietes D. si quadr. paup. fec.* Lege municipati possit tolli? Et an valeat hujusmodi statutum? Occidens occidatur, etjamsi se defendendo occiderit.

II. An Legitima portio, quæ item jure naturæ debetur liberis *l. cum ratio ff. de bon. damn. l. 7. D. unde lib. ipsis per* statutum adimi possit? De priori quæst. vide *Salomonium ad d. l. ut vim. n. 14. ubi* negat tale statutum valere. De posteriore vide *Dd. à Mynsing.* laudatos *cent. 5. obs. 43.* Et *decad. 1. Respons. iur. consil. 10. n. 43. & seqq.*

Ad §. Omne autem jus.

Huc usque exposita est ea pars institutionum, quæ communis vocari potest, quia scilicet communia principia juris tradit. Deinceps ut ad propriam partem, quæ singulos juris articulos explicat commodè fiat transitus, nova juris divisio hic interponitur secundum quam toũ topus & quasi ędificium institutionum apta.

num aptatum & coagmentatũ est. Divisio hæc à triplici subiecto juris sumpta, extat etiam *apud Caium in l. 1. ff. de statu hominum.* Rationem hujus divisionis alij aliam reddiderunt. Cum autem in duobus præcipue jus & justitia versetur, personis scilicet & rebus seu negotijs, tertium illis accedit, actio scilicet, quæ pertinet ad executionem superiorum. Nam si ultro & spontè jus suum cuique tribuatur, non erit opus judicijs & actionibus quæ omnia sunt absolutoria, ut dicetur *infr. §. ult. t. de perpe. & tempor. actionibus.* Quidam actiones hic intelligi voluerunt facta actiones humanas ut sunt contractus & delicta, sed eorum error reprehendendus est, nam actiones hic forenses accipiendæ sunt, sive judicia. Ratio ordinis, cur prius de personis explicetur, hæc est, quia personarum causa & Resp. omnes & jus omne constitutum est, ut suum scilicet cuique tribuatur, ut hic *& l. 2. ff. de statu hominum.* Deinde propter dignitatem personarum *§. in pecudum vers. partus infr. de rerum divisione l. 44. ff. de ædil. edicto.*

AD TIT. III. DE JURE PERSONARUM.

IN Personis multa quidem spectari solent: quæ omnia generaliter dici possunt jura personæ. Sed non de omnibus hic explicatur, sed tantum de statu qui est conditio quædam personæ. Status autem in his tribus potissimum positus est: in libertate, in civitate & familia *t. t. infr. de cap. demin.* Afferuntur hoc autem libro tres divisiones personarum principales, & aliquot subdivisiones. Hoc titulo prima earum continetur, & alterius membri sub partitio *in §. ult. h. t.* quæ deinde explicatur quatuor sequentibus titulis; conferte cum his *t. pand. de stat. hominum, & t. de his qui sunt sui vel alieni juris & totum lib. 40. & in C. lib. 7. t. 24.*

Summa igitur & prima ac Princeps divisio personarum est hæc quod alij sunt liberi homines, alij servi ut *hic & l. 3. ff. de stat. hominum l. 4. ff. de just. & ju.* Sic & *infr. loquitur Imperator §. 1. de oblig. & in §. 1. de actionibus & in §. 1. infr. de interdictis.* Sed cur hæc est prima personarum divisio? Respon. Quia est ex jure gentium sive naturæ, quod hoc discrimen hominum introduxit cum ab initio omnes liberi nascerentur. Reliquæ vero sunt ex jure civili *§. 1. infr. de pat. potest: & §. infr. de tutelis.* Est autem jus gent. antiquius jure civili *§. singulorum infr. de rerum divis.*

Ad §. 1. Et libertas.

Ut intelligamus qui sint liberi homines qui item servi, definitiones subijcit libertatis & servitutis, sumptas *ex l. 4. ff. de stat. hominum.* Nam abstracti definitione cognita, simul etiam intelligitur concretum. Definitur autem libertas facultas naturalis quia scilicet natura sive jure naturæ competit. *d. l. 4. §. de just. & jure in init. t. infr. de libertinis* Dices? atqui Servitus est jure gent. ergo & libertas: nam quomodo intelligi potest aliquis liber ubi nemo est servus, unde & *Senec. lib. 7. controvers. cap. 6.* neminem natum liberum esse ait, hæc nomina postea singulis imposuisse fortunam. Resp. fuisse quidem liberta-

tem licet ejus bonum quam inæstimate esse homines carendo demum intellexerint. Quod autem objici potest auctoritas Arist. qui in 1. polit. vult quosdam à natura quasi ad servitutem factos esse. Qui scilicet ob stuporem animi sibi ipsi consulere ac sese regere non possunt: ideoque alieno dominio ac regimine indigent, cui subsint ac pareant, & alimentis aliisque ad vitam necessariis instruantur. Resp. est aliter hæc considerari à Philosophis aliter Jurisconsultis qui omnes homines liberos nasci docent. Porro libertas dicitur facultas, id est, liberum arbitrium, quod homini non à lege, neque iure civili, sed ab ipsa natura competit. Eodem modo ferè etiam *Cic. in parad. & Epist. item Seneca* aliique de stoa libertatem definiunt, potestatem scilicet vivendi ut velis. Addit Imperator nisi si quid vi aut jure prohibetur, Vis hic intelligenda videtur iusta, ut quæ infertur bello, & libertatem eripit, ut mox dicetur: nam per vim iniustam non imminuitur libertas, ut si liber homo captatur, & includatur à latronibus, hic non propterea in servitutem redigitur. Legum quoque observantia non facit libertatem nostram deteriorem, etiamsi quæ contra mores bonos fiunt, vel contra leges, eorum nihil facere possimus ut *ait l. 16. D. de constit. institutionum.* Ideo enim legum servi sumus ut liberi esse possimus *teste Cic. pro Cluen.* Sed obiicitur contra hanc definitionem, quod non pertineat ad libertinos, qui scilicet non sint nati liberi, sed facti per manumissionẽ, erit igitur vitiosa definitio, utpote nimis augusta, quæ tantũ ad ingenuos pertineat, nam hi soli statim ut nati sunt liberi sunt ut *infr. init. t. prox.* Resp. Libertini ad statũ & conditionẽ naturalem beneficio manumissionis revocantur, atque ita ipsi quoque facultatem naturalem jam adipiscuntur, & ipsi quoque consequuntur.

Ad §. Servitus autem.

Quanquam hodiè nulli fere sunt servi in maxima parte orbis Christiani, tamen non ideo hæc tractatio plane inutilis est. Nam & leges multæ intelligi nõ possunt, nisi hæc explicentur: tum antiquitatis cognitio nos fugiet. Præterea servitutis umbra quædam & imago hodie etiam reliqua est non tantum in Germania, sed etiam in alijs regionibus & imperijs, ut sunt Coloni quidam, qui & adscriptitii dicuntur, & Censiti, de quibus vid. *lib. 11. C. de agric. & censitu.* ac sunt passim qui vocantur proprii homines de quibus proprio Tractatu explicat Frideric. Husanus. imò traditum est quicquid sancitum sit de servis, id nos transferre posse ad Rusticos quatenus scilicet foro nostro conveniat *teste Oldendorpio classe 3. act. 9.* Alij etiam à servo ad Monachum sæpe argumentantur, ut docet Nicolaus Eberh. in top. legalibus. Præterea elegans est quæstio anne ferenda sint servitia in Repub. bene constituta, sed ea quæstio ad jus publ. pertinet de qua disputat in utramque partem *Ioh. Bodi. lib. 1. de Rep. cap. 5.* Apud Romanos tanta fuit multitudo servorum, ut sæpe ipsis Dominis essent formidabiles, de quo *Senc. lib. 1. cap. 24. de clementia.* Porrò definitur servitus, constitutio juris gent. hoc est aliquid eo jure constitutum & introductum; nam servitus à jure gentium originem sumpsit & ingenuitatem seu libertatem tanquam quædam calamitas invasit & afflixit, *init. t. infr. de libertinis.* Quæ restant in hac definitione ea intelligi possunt ex ijs quæ *supr.* dicta sunt de libertate.

Ad

Ad §. Servi autem.

Eadē etymologia servorū à servando, extat etiam in *l. 4. §. 1. D. de statu hominum, & in l. pup. 239. §. 1. D. verb. sig.* Huc pertinet quod *ait Cic. 1. off.* victoriâ parta, servandi tunc illi, qui nō crudeles in bello, nec immanes extiterint: itē viri magnanimi est rebus agitatis punire sontes multitudinem conservare. Alio nomine servi appellantur mācipia *ut hic & d. l. 4. in fine*. Sed mancipiū alias etiam dominiū cujuslibet rei præsertim quod ex jure Quiritū esset quæsitū per mancipationē scilicet, & nexū. Sic apud Varr. Lucret. & Festum usurpatur. Unde etiam emancipatio nomē accepit de qua *inf. in § præterea t. quib. modis jus pat. pot. solvit.*

Ad §. penultimum.

Causæ servitutis hic exponuntur *ex l. 5. §. 1. De stat hominum* causæ illæ sunt duū generū; aut enim ex jure gentium, ut est captivitas in bello, & partus sive nativitas ex ancillis nostris: vel ex jure civili, ut est vēditio hominis liberi, facta ab ipso participandi precij gratia. Per captivitatē redigitur in servitutē is, qui hostiū potitus est, ut & Imp. ait *l. unica C. de S C to claud. tollendo.* Ab hostium ferocitate contra naturalē libertatē hoc inductū est, ut quis libertate sua fraudetur. Ratio est: quia non tantū bona ejus, qui capitur omnia ad victorē transeunt ut dicitur *inf. §. itē ea quæ ex host. t. de rerū divisione*, verū etiā ipsemet jure belli & victoriæ occidi potest. Nō debet igitur cui licet quod plus est, etiā illud non licere quod minus est, ut habet regula juris: & *argumento l. 11. D. de lib. & posth.* sed hic modus hodiè in desuetudinē abiit. Nā capti ab hostib fere solvunt lytrum, ut videre potestis apud. Damh. cap. 82. in praxi criminali, ubi allegat Boëtium decisione 178. & Petrus Matthæus in annotationib. ad Guidonē papæ, *decis. 113.* Deinde hi quoq; ex jure gent. servi fiunt, qui ex ancillis nostris nascuntur, qui à Latinis dicuntur vernæ, & vernulæ, qua in re similes sunt servi animalib. *§. item. ea quæ ex animalib. inf. de rerū divis. l. 7. C. de rei vindic* Hoc tamē interest quod partᵘˢ ancillę nō est Fructᵘˢ, sicut fœtus pecorū, *§. in pecudum vers. partᵘˢ inf. de rerū divisione.* Jure civili celeberrimᵘˢ est hic modᵘˢ, cum liber homo maior 20. annis patitur se venundari precij participandi gratia, de quo *vid. t. in D. C. quib. ad libertatē proclamare nō licet* & meminit ejᵘˢ *Imp. in. de cap. diminut.* Dices quomodo fieri potest aut valere illa venditio, cū liber homo nō sit in cōmercio, *init t. infr. de inut. stipul* Respōdeo, ideo hoc ita cōstitutū est quia qui tā vilipendit suā libertatē, cū nō agnoscunt leges ꝓ cive aut libero homine, cum habeat animū abjectū & indignū cive Romano. Sed hic modus & in Nov. Leonis 59. prohibetur & obsolevit. Reperio tamē in historia sacra etiā qui se ipsos sine vitio vendiderint. non enim participandi pretii caussā id faciebant, sed ut aliorum necessitatib. succurrerent, cū antea omnes suas facultates in egenos distributas exhausissent. Exēplū est nobilissimū Paulini Episcopi Nolani, de quo *vid. D. Greg. Magn. lib. 2. Dialogorū. & Serapionis Monachi.* Plures causas servitutis ex jure civili affert hic Accur: inter quas est celeberrima ingratitudo liberti adversus Patronum; ob hanc enim in servitutem revocari potest *§. 1. infra de cap. dimin.* idque etiam apud Athenienses receptum fuit, *teste Val. Max. lib. 2. cap. 6.* Quæritur de redempto ab hostibus fiat ne servus redemptoris, nec ne? Dicendum est tunc

servum ejus nullo modo fieri, sed tamen pignoris naturalis jure ab eo retineri posse, donec precium sui reddiderit vit *l. 2. l. 8 13. 17. C. de postli. reversis.*

Ad §. ult. in servorum.

Idem dicitur *l. 5. ff. de statu hominum*, servorum nullam esse differentiam; sed unam conditionem omnium. Sed hoc non est intelligendum de varijs differentijs officiorum servilium: de quibus præter alios explicat *Iac. Ravard. 5. varior. cap. 20.* verùm de ipso servitutis iure. Nam æquè sunt servi qui in servitute nati sunt, quàm qui in servitutem ex libertate vocati & redacti, puta per captivitatem, vel alio modo ex his quos modò commemoravi. Deinde tam sunt servi actores sive dispensatores quàm coqui, unctores ordinarii quàm vicarii & mediastini, &c. officiis enim non variatur ipsa servitutis conditio. Sic nihil mutat in eadem quod alius sit alio melior servus, alius inquam frugi, alius nequā & vinctus. Servi igitur omnes sunt uniusmodi: at liberi homines vel sunt ingenui, vel libertini, ut *h. & d. l. 5.* In libertinę conditionis hominibus adhuc hærent quasi quædam vestigia, & maculæ pristinæ servitutis. Sed de differentijs horum *infra* latius ad duos tt. sequentes, illud tamen hoc loco admoneo discrimen istud hominum ingenuorum & libertinorum sublatum esse per *Nov. 78.* ubi Justinianus vult ut libertini quoque sint non tantum cives Romani, sed & ingenui: salvo tamen jure patronatus id est obsequijs & successione quæ Patrono debetur in bonis liberti.

AD TIT. IV. DE INGENUIS.

PRiori loco de Ingenuis agitur, partim propter eorum dignitatem qua antecellunt libertinos; partim quia sunt antiquiores Ingenui definitio sumpta est *ex l. 5. §. ingenui ff. de statu hominum.* Conferte Paulum *lib 2. sent. tit. 24. item Vlp. in fragm. t. 5. & Caium lib. 1. t. 3. in frag. institutionum.* Summa hujus tituli hæc est: liberum & ingenum esse eum qui ex Matre vel semper, vel aliquo saltem tempore ac momento libera nascitur, sive illa libera fuerit tempore conceptionis, sive gestationis, sive nativitatis: etiamsi pepererit postquam jam ultimo supplicio damnata est, qualiscunque etiam fuerit Pater, sive servus, sive liber, sive certus, sive incertus. Ratio cur hic spectetur conditio Matris, non autem Patris, est quia in his quæ sunt naturalia ut libertas & ingenuitas, partus sequitur Matrem: in illis autem quæ sunt civilia, ut dignitas, familia, nobilitas, potestas, civitas &c. Patrē *l. 9. ff. de statu hominum & l. 24. eod. t.* Hinc est quod natus ex Patre nobili Matre licet ignobili, Nobilis est: contra ex Patre ignobili, Mare licet nobili natus, non est nobilis sed plebeius. Quomodo etiam uxores participant & sequuntur dignitatem Maritorum & domicilium *l. ult. C. de incolis lib. 10. l. 13. C. de dignit.* etiam soluto matrimonio per mortem.

Mariti, quamdiu manserint viduæ *d. ll. & l. fem ff. de senatorib. Nov. 105.* Deinde ratio cur satis sit Matrem fuisse aliquo saltem tempore liberam, partim

partim est posita in favore libertatis, cuius gratia multa sunt singulariter contra strictam juris rationem recepta teste Paulo *d. loco:* partim ex Reg. juris qua traditur eum qui in útero est haberi pro iam nato, quoties agitur de ipsius commodo *l.7.& l.26.ff. de sta. hominum §. cum autem in complurib. inf. de tutelis.* Hic & illa regula humaniss. observanda venit. Non debere calamitatem Matris nocere ei, qui in ventre est. Ex hac regula fluxit etiam ille mos, qui ubique hodie in judiciis servatur, ut supplicium prægnantis differatur tam diu donec pepererit: imò ut ne quæstio quidem de ea habeatur *l. 18. ff. de sta. hom. l. 3. ff. de pœnis. Paul. lib. inf. sent. t.* 12. quod ex lege Ægyptiorum transtulisse Græcos testatur *Diodorus Sicul. lib. 1. bibliotheca & Plutar. in comm. de sera numinis vindicta, vide Brisson. lib. 2. antiq. cap. 20.* Facit huc *l. 22. C. de pœnis l. 26. ff. eod.* Et quod scribit Joan. Chrysostomus homiliâ 15. ad Ephesios: οἱ νομοθέται ταύτης τοσαύτῃ κέχρηνται πρὸς τὴν γυναικείαν φύσιν αἰδοῖ, ὅτι οὐδὲ ἀναγκαίας χρείας οὔσης ἀπήρτησαν πολλάκις, ὅταν κύουσα τύχοι. Eademq; causa est cur mulier prægnans non debeat humari antequam partus ei excidatur, alioquin spes animalis perempta videtur, ut ait *l. 2. ff. de mortuo inferendo.* Et hæc prima est ingenuitatis causa nativitas scilicet ex libero ventre. Huic addenda est altera nimirum sententia Judicis. Nam si quis ingenuus pronunciatus sit, etiamsi re vera talis non fuerit, sed libertinus fortè, ingenuus tamen jam erit; sententia enim pro ingenuitate data pro veritate habetur, & facit jus quoad omnes: idque favore ingenuitatis. *l. 25. ff. de sta. hom. l. 207. ff. de reg. jur.* Erat olim & tertia ingenuitatis causa, videlicet restitutio natalium à Principe facta, consentiente Patrono. Sed ea hodie non est opus, ut *sup. dixi ad finem t. praced. ex Nov. 78.* His addendum est, quod & is nascatur ingenuus, qui ex ea muliere, quæ ex causa fidei commissi manumitti debuit, natus est per moram libertati factam. *l. 1. §. quæri ff. de suis & legit. l. 22. ff. de statu hominum, l. si quis rogatus ff. de fideicom. liber. l. 3.* C. *eod. Paulus lib. 2. sent. t. 24. &c.*

Ad §. ult. Cum autem.

Manumissio ex ingenuo homine, qui forte, ignarus conditionis suæ servierit alteri, vel etiam à Prædonibus in servitute injusta detentus fuit, non facit libertinum: sed manet is nihilominus ingenuus. Etsi enim manumissio facit libertinos, ut dicetur *inf. t. prox.* tamen hoc verum est, non de qualibet manumissione, sed tantum de ea qua quis ex justa servitute manumittitur *d. t. in princ.* Videte *t. t. C. de inge. manumis*: Hinc rectè *Paulus lib. 5. sent. t. 1.* Veritati & origini ingenuitatis manumissio quocunque modo facta fuerit non præiudicat. Quam sententiam aliis verbis hic Imper. exprimit: natalibus non officere manumissionem. Natales hic significant ingenuitatem ut *& in t. ff. de natal. restituendis.* Notare hic differentiam inter hæc duo servire sive in servitute esse & esse servum. Nam prius significat factum: posterius conditionem vel jus. Sic in jure aliud est, esse liberum, aliud esse vel morari in libertate. Hoc enim facere potest interdum etiam servus. *l. 7. 10. 12. & 29. ff. de libe. ca.* Sic differunt esse in possessione & possidere *l. 10. & passim ff. de acquir. possess.* Porrò ut ad nostros mores accommodari possit quod hic dicitur de manumissione hominis ingenui,

 decidi

I- cidi hinc potest quæstio talis: quid juris sit, si infans à Parentibus suis expositus, & à Sacerdote aliquo concubinario sublatus, & commiserationis gratia gratis educatus sit, atque ab omnibus vulgo habitus pro filio Sacerdotis: tandem eo mor- o impetravit legitimationem sui vel restit. natalium ab Imperatore vel Comite aliquo Palatino. Postremo autem comperit se ex justis nuptiis procreatum, & expositum fuisse: an talis legitimatio ei præiudicet? Dicendum est argumento huius §. eam ipsi non nocere.

AD TIT. V. DE LIBERTINIS.

DE vocabulis hoc admonendum initio: libertinos differre à libertis. Nam libertus dicitur relatione facta, ad patronum, Libertinus opponitur ingenuo & absolutè ratione conditionis suæ, ita dicitur §. *libertinorum vers. sed quoniam inf. h. t.* sive patronum aliquem habeat, sive nullum habeat: fieri namq; potest, ut quis libertinus sit, & tamen libertus nullius sit, V. G. si premii loco manumissus, si sit Libertus orcinus *l. ult. D. si libertus ing. esse dicetur.* Hinc fit ut libertus quidem omnis sit & recte dicatur Libertinus: Sed non contra, olim dicebantur libertini, qui ex libertis essent orti, sive quorum Parentes ex servitute manumissi forent, *teste Varro lib. 7. de lingua latina.* Quod autem Paulus Manutius annotavit: eos, qui ex libertis descendissent olim non nisi post quintam generationem habitos fuisse ingenuos: eo jure Romani non diu fuerunt usi: nam Jurisconsulti certe tale discrimen ignorant. Definitio Libertinorum hic affertur, *ex l. 6. D. de statu hom.* justa servitus est, quæ ex justis causis constituta est, non autem in qua quis per vim, vel per ignorantiam detinetur. Nam ex ea manumissus non fit Libertinus, sed manet ingenuus, ut paulo ante dictum in fine t. præc. Cum autem Libertini è servis fiant per manumissionem, quæ est una ex causis tollendæ servitutis *l. 8. C. de ing. manumiss.* explicandum est breviter de manumissione, I. quid ea sit. II. unde orta. III. quot modis fiat, & quot sint genera libertinorum, IV. quo tempore & quo loco V. à quibus qui & quot manumitti possint. Quæ capita ordine ac deinceps in hoc & duobus seqq. tt. explicantur. Definitio manumissionis hic allata *ex l. 4. D. de just. & jure.* nominis potius quam rei est. De verbo autem Manumiss. I. Sciendum id generale esse, & usurpari non tantum de servis, sed etiam de filiis f. qui potestate liberantur, ut in *tit. D. si a parent. quis manum. sit. §. preterea Institut. quibus mod. jus pat. pot. solu.* Sic *Plin. lib. 8. epist.* [illegible] Curtius Mantia perosus generum suum Domitium Lucanum (frater est T[illegible]) sub ea conditione filiam eius, neptem suam, instituerat hæredem, si esse[illegible] [illegible]u patris emissa, sic enim ibi legendum. Manus hic significat potestatem, ut & alias, ut cum in manum Viri convenisse dicitur uxor.

Manumissio igitur est dimissio ex manu, id est potestate, sive ea sit herilis sive patria. Sed hæc proprie dicitur emancipatio, de qua hic non agitur, *sed inf. ad tit. quib. mod. pat. pot. solu.* Secundo orta est manumissio à Jure gent. ut hic & *l. 4. D. de I. & I.* sicut & ipsa servitus. Nec obstat, quod manumissio quibusdam

dam modis, qui sunt juris Civ. fiat, ut testamento Vindicta & adhibitis solennibus quibusdam.

Solet autem plerunque libertas tribui servis beneficii loco ob eorum scilicet fidem & bene merita, atque hic operæ precium est, pulcrum locum ascribere *ex cap. cum redemptor. 12. quæst. 2.* salubriter, inquit, agitur, si homines quos ab initio natura liberos protulit, & jus gent. jugo substituit servitutis in ea in qua nati fuerant manumittentis beneficio libertate reddantur. Eodemque ferè modo loquitur *Valentinianus in Nov. 8* Domini vernulas suos fideliter servientes, cum libuerit jugo servitutis absolvunt, & quod esse non poterant qualitate nascendi, manumissionis beneficio consequuntur.

Tertium caput est quot modis manumissio fiat, & quot species sint manumissionum, proindeque quot genera libertinorum. Olim igitur manumissionis tres erant modi: vindicta, testamentum, & census de quibus videte *Anton. Cont. lib. 2. subsec. lect. cap. 9.* Manumissio per vindictam dicebatur etiam fieri festuca, ut apud *Plaut. in milite act. 4. sc. 1.*

Erat autem festuca vel vindicta, virga lictoris qua caput servi manumittendi tangebatur apud Prætorem, vel Consulem, vel Proconsf. causa cognita. De hoc modo *extat t. D. de manumißis vindicta.* Et Persius ait. Vindicta postquam meus à prætore recessi &c. Solebant autem hic non tantum verba quædam intervenire solennia, sed etiam facta, ut alapa, sive rhapismata, item vertigo, seu circumductio in gyrum, cuius mentionem facit etiam Persius & Seneca. Rhapismatum verò seu verberum, sic pileus imponebatur servo manumittendo *l. 10. C. de testam. manumißis*: & sæpè apud Livium. Servi dicuntur vocari ad pileum, sic caput ipsis radebant ut est apud *Plautũ. Vid. & Cuiac. 5. obs. 13.* Alter modus est testamentum, de quo extat *t. in D. de manum. testamento.* Huc pertinent etiam codicilli testamento confirmati, quibus libertas non tantum fideicommissaria, sed etiam directa datur, sed in non confirmatis tantum fideicommissa *l. 43. D. de manum. test. l. 37. & 47. eod. t.* Sciendum est enim libertatem relinqui vel directè per verba civilia, seu imperativa; vel per fideicommissum verbis præcariis. Et per fideicommiss. quidem tàm in testamento, quàm ab intestato, atque ita etiam in codicillis testamento non confirmatis, qui sunt in causa intestati *l. 8. D. de iure codicillorum, & §. non tantum infr. de codi.* Sed directo non nisi in testamento.

Multum autem interest inter eum qui directe manumittitur testamento, & eum qui per fideicom. Nam prior est libertus testatoris defuncti, ideoq; orcinus appellatur *l. 10. C. de test. manum. l. 5. D. qui sine manum. ad libert. perveniant* & alibi, & proinde nullum agnoscit patronum cui operas aut obsequium, aut successionem debeat, aliave patronatus jura. Sed alter fit libertus heredis, eiq; debet illa, quæ enumeravi. Deinde sciendum testamento libertatem relinqui vel purè, vel sub conditione, vel ad certum tempus, & hic interea dicitur Statu liber *l. 1. & t. t. D. de statu liberis.*

Tertius manumittendi modus erat census, cuius in locum introducta est manu: in Ecclesia à Const. Mag. de qua est *t. C. de his qui in Ecclesia manumittũtur.*

Et hos

Et hos tres modos solos agnovit Cicero in topicis. utpote suo tempore usitatos. Tacitus autem *lib. 13. annal.* tantum duorum meminit. Et his tribus modis contingebat libertas maior sive plena ac justa. Alii erant modi quibus libertas minor & quasi imperfectior dabatur: quorum aliquot hic recensentur: plures extant *l. 1. C. de latina libert. tollenda*. De generibus Libertinorum sciendum olim omnes fuisse uniusmodi, hoc est cives Romanos ex æquo, *teste Dion. lib. 4. antiq.* Augustus autem tria eorum genera fecit ut alii essent cives Romani, alii Latini Juniani, alii Dedilitij, *teste Suet. & Dione. lib. 52.* & hoc est quod Imperator hic ait, à primis cunabulis urbis Romæ, unam atque simplicem libertatem competivisse §. *libertinorum vers. sed quoniam h. t.* Quæ autẽ fuerint jura, & quæ differentiæ inter illa tria genera, petere potestis ex *t. C. de lat. libert. tollenda & ex t. C. de dedit libert. toll.* Illis enim legibus sublatæ sunt, & liberti omnes iterũ unius generis esse jussi sunt, *videte etiam §. sed hac de ys sup. de succ. libertorum.* Liberti igitur hodiè omnes æquè sunt cives Romani, atq; ipse Patronus: adeo, ut excepto jure Patronatus, nihil ab eo differant: ut hic. Observare hic licet exemplum illius axiomatis, quòd unaquæque res ex facili redeat ad pristinam suam naturam. Primum igitur Imper. differentias libertorum in illis titulis sustulit, & constituit ut deinceps omnes fierent cives Rom. sive essent manumissi infra annum ætatis 30. sive supra, sive ab eo, qui dominium haberet ex jure Quiritum; sive ab eo qui tantum in bonis dominium haberet, sive deniq; justis modis manumittendi, sive non justis. Deinde etiam plures modos manumittendi adinvenit. Porrò *d. l. unica. C. de de dedit. libert. toll.* est una ex 50. decisionibus per quas Imperator in secunda editione Cod. multas controversias veterum Jurisconsultorum diremit, ut ipse fatetur t. de emend. Codicis. Atque hæc de modis manumissionum: quò etiam hoc referri potest, quod servis manumittendis imponebantur dominorum suorum nomina, ut inquam liberti appellarentur de nominibns patronorum. Quomodo apud Appianum de L. Corn. Sylla Dictatore legimus *lib. 1. Bell. Civil.* quod X. Millia servorum, quorum dominos proscripserat, manumiserit ut haberet eos sibi obnoxios & ad imperata facienda paratos, adeoq; etiam ad arma: quibus omnibus Corneliorum nomen imposuerit. Sequitur 4. caput de tempore & loco manumissionis, *in §. servi vero, h. t. ex l. 7. ff. de manum.* Quovis autem loco & tempore servi manumitti possunt non tantum pro tribunali, sed de plano etiam, sive etiam in transitu. Ratio est, quia manumissio non est jurisdictionis contentiosæ, sed voluntariæ. Restat ultimum caput explicandum de manumissionibus, quod est de personis, à quibus scilicet, qui & quot manumitti possint de quo inf. t. prox.

AD TIT. VI. QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

INitio hæc regula constituatur. Omnes manumittere posse servos suos, nisi cui hoc expresse aliqua lege aut jure sit prohibitum: quemadmodũ & testes & procuratores, & advocati esse, & testamenta facere & accusare possunt ij qui non

non prohibentur. Etsi autem multi sint quibus facultas manumittendi à iure denegatur, ut videre licet *t. ff. qui & à quib. manum. libri non fiant, & t. C. qui manum. non possunt.* tamen de duobus tantum hic agitur. Nam prior pars t. est de Debitore, qui cũ non sit solvendo in fraudẽ & necẽ creditorum manumittit. Altera est de minore 20. annis, utriq; horum per l. Aeliam Sent. manum. prohibita est, sed non eodem modo. Debitori enim planè interdicitur. Minori autem 20. annis permittitur, si observet certas conditiones. Tertia parte tituli exponitur mutatio quædam vel abrogatio l. Aeliæ sent. Primum igitur Debitor qui non est solvendo si manumittat servos in frudem creditorum ita scilicet, ut & consilium sive animus fraudandi in eo ad sit, & ut eventus quoq; damni respondeat, nihil agit manumittendo. Nam l. Ael. S. hos servos non patitur ad libertatem pervenire, *ut hic in princ. & l.* 10. *D. d. t. l.* 1. *C. d. t.* Finge Titius cum deberet Sempronio 300. fl. & totidem in bonis haberet, inq; his servum Stichum habet, qui 40. aureis æstimatur, hunc servum manumittit, sciens & prudens se eo manumisso non fore solvendo, sed creditores suos tanto minus consequuturos, Et huic consilio eventus respondet; quæritur an Stichus ita manumissus liber fiat. Et ait Imper. Dominum sic manumittentem nihil agere, idest manumissionem hanc ipso iure nullam esse & hunc servum manere servum. Ratio dubitandi, cur liber fieri debere videatur, est, quia licet Dominus sit in ære alterius, tamen eius servi dominium nondum à se dimisit. Nam obligationibus non transferuntur rerum dominia, sed traditionibus, & usu capionibus *l. 20. C. de pactis & l. 3. D. de obl. & act.* Pars autem una dominij est posse manumittere servos suos. Deinde quilibet in re sua habet liberum disponẽdi de ea arbitrium *l. 21. C. mandati*, & qui iure suo utitur, nemini facit jniuriam. Ratio tamen decidendi est quia nec fraus Domini debet ei prodesse, aut impunita relinqui. neq; alteri per alterum iniqua conditio inferi. Sic aliæ quoq; res in fraudem creditorum alienatæ revocantur per actionem quæ dicitur Pauliana de qua *l. ad §. item si quis in fraudem de act. & t. t. D. quæ in fraudem Creditorum,* Et has rationes spectat l. Ael. sen. Augusto auctore lata per consules. Plura autem fuerunt eius capita, quorũ unum de dedititiis præcessit in t. prox. Alterum hic est quo Debitor, ut dictum est, prohibetur manumittere in fraudem creditorum. Tertium erit *in §. licet h. t.* quo continetur velut exceptio secundi capitis. Quartum est *in §. eadem lege. l. h. t.* de domino videlicet manumittente, qui est minor 20. annis. Plura cap. alibi videatis. Sed redeamus paulisper ad regulam superiorem: cuius singulas partes explicabimus. Primum qui nam hic intelligendi sint creditores. Secundo quis dicatur in fraudem manumittere. Tertio, quod sit jus huius manumissionis. Primum creditores appellantur, quibus ex quacunq; causa actio competit contra fraudatorem, à qua actione non possunt submoveri exceptione aliqua perpetua sive perẽptoria *l. 16. §. ne quis vers. l D. creditores. h. t. & l. 27. D. eod. l. 10. & 2. seq. l. 55. D. de verb. sign.* Quacunq; ex causa, hoc est sive ex delicto, vel quasi, sive ex legato, sive ex fidei commisso &c. Excipitur is, cui res sub conditione legata est, hic enim non habetur inter creditores, priusquam conditio extiterit, *de l. 27. vers. diversa D. d. t.* Sic neq; is cui sub conditione promissum

G est, pro-

est, proprie est creditor §. *ex conditionali. l. de verb. oblig. l. 54. & 213. D. de verb. sig.* Sic vice vera Debitor est à quo invito exigi potest. Deinde quid sit manum. in fraudē exponitur hic *in §. fraudem ex l. 10 D. h. t.* Fraus plura significat: aliâs dolum & calliditatē & fallaciā cui opponi solet bona fides, sic dicimus fraudē facere legē hoc est callide eam circumvenire; & *ut ait Cic.* malitiosam interpretationem ei adhibere *l. 29. & 30. D. de legib. l. 7. in fine D. qui & à quib. manum. liberi non fiant*: alias damnū significat, ut cū dicimus, rem alicui fraudi esse; itē sine fraude esto, ut apud *Liv. lib. 1.* quod sine fraude mea populiq; Rom. fiat. *videte l. 131. & ibi Alcia. D. de verb. sig.* Hic aūt utroq; modo accipiendū fraudis verbum hoc est ut cōprehendat & consiliū seu dolum manumittentis, & eventū seu damnū ipsum, quod etiā dicitur in necē creditorum factum. Nam neq; consilium seu animus fraudandi sufficit ad impediendā libertatē, si non ideo minus solvendo fiat debitor, etiamsi manumiserit, neq; eventus seu res ipsa, si consiliū fraudendi defuerit, *ut hic & d. l. 10. D. h. t. & d. l. 1. C. qui manum. non poss.* Utrumq; inquā exigimus & consiliū & eventū *l. 15. D. quæ in fraud. Cred.* Excipiuntur libertates fidei cōmissariæ, in quibus solum eventū damni inspicimus, ad id ut revocari possit *l. 1. C. d. t.* Differentiæ rationē reddit *Accur. in gl. l. ult. C. qui manum. non poss.* Sic alias quoq; interdum non nocet malignum habuisse consilium, nisi & factum secutum fuerit, *ut ait Paul. in l. sæpe D. de verb. sign.* Nam cogitationis pænā nemo patitur *l. 18. D. de pœnis,* Interdum tamen etiam consilium punitur, ut fit non solum in crimine læsæ Maiestatis, sed etiā si quis cum telo ambulaverit hominis occidendi caussa, etsi eum non occiderit. Huc pertinet quod ait *Papi. in l. 80. D. de R. I.* Fraudis interpretatio semper in jure civili nō ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoq; desideratur. Tertio, effectus seu jus huius manumissionis est ut sit inutilis & quidem ipso jure non valeat. Imperator ait eum nihil agere, *princ. t.* Et quod factum est pro infecto habetur *ut ait l. 3. C. qui manu. non poss.* Nec interest, an miles sit, an paganus is qui in fraudem Creditoris manumisit. *l. 8. §. 1. D. d. t.* Deinde nihil interest an servum bene meritū aliquis manumittere velit an non *l. 23. D. d. t.* Præterea an in fraudē creditoris privati aliquis manum. an in fraudē civitatis, an fisci *l. 11. & l. 16. §. aristo D. d. t. & l. 5. C. qui manum. non poss.* Dixi ipso jure inutilem esse huiusmodi manum. qua in re differt libertatis datio ab alienatione aliarum rerū in fraudē ac necem Creditorū facta. Nam aliarū rerum alienatio ipso jure valet, ideoq; opus est revocatione & rescissione quæ fit per actionem Paulianā ut supra dixi. Sed libertatis datio ipso jure nulla est. Differentiæ ratio est, quia libertas semel data non revocatur §. *semel inf. h. t.* Aliæ vero res revocari possunt. Quæritur quod nam tempus spectandum sit, ut quis non sit solvendo? & respondet *l. 18. in princ. D. h. t.* non mortis sed aditionis. Ubi & ratio additur. Sed quid juris est, si quis plures servos manumiserit? De eo est *l. 24. D. h. t.*

Ad §. Licet autem.

De regula hactenus, nunc de exceptione videndum. Exceptio hic talis affertur, quæ ex eadem l. Ael. Sent. introducta est. Domino qui non est solvendo permissum est unum servū sibi instituere heredē solum & manum. idq; tum demum si nullū alium heredē habere possit, qui scil. ita sit obæratus, ut eius succes-

sionem

sionem omnes refugiant, cum sciant aditionem hereditatis obligare hæredes ad æs alienum defuncti, etiamsi ne teruncius quidem in hereditate sit *l.8. D. de acquir. hered.* Idem dicitur *in §.1.1. de her. qual. & diff. & l.2. C. de necessariis servis hær. inst. l.60. & l.88. D. de hered. inst. Ulp. t.1.* Unum inquam & non plures servos necessarios heredes facere potest, ne quidem si sit miles *l.15. D. de milit. test.* Ratio huius exceptionis est favor defuncti, ne is iniuria afficiatur, si bona eius possideantur & vendantur à Creditoribus. Nam sicut cessio bonorum & venditio infamiam quidem non irrogat, sed tamen opinionem & verecundiam cedentis suggillat: ita & hæc possessio & venditio bonorum defuncti. Hæc igitur suggillatio verecundiæ & famæ defuncti sic avertetur, si bona non sub ipsius sed sub servi nomine occupentur & distrahantur, *ut hic & dd. locis.* Duobus autem modis servus scribitur hæres, non solum necessarius ab eo qui non est solvendo, sed etiam à quovis alio: vel enim cū libertate, ut Stichus liber & hæres esto: vel sine ea scribitur, ut Stichus hæres esto *§. idemque iuris. I. h. t.* Priore casu nō est dubiū, quin heres & liber fiat, id enim comprehensum fuit ipsa l. Ael. sent. Altero casu ut simul fieret & hæres & liber primò introductum est per interpretationē Prudentum in Domino qui non esset solvendo: Deinde generaliter in omni servo à quolibet Domino hærede instituto *d. §.1. I. de hæred. qual. l. penul. C. de necess. ser.* Ratio pendet ex coniectura voluntatis testatoris, ut hic in verbis: cum non sit verisimile.

Ad §. eadem lege & §. seq.

Altera tituli parte affertur aliud caput l. Ael. sent. quo scilicet minor 20. annis prohibetur manumittere servum, nisi ob justā causam, eamq; apud consiliū seu consessum Judicum probatam. De eodem est *l.9. cum 7. seq. D. de manu. vind. & t. C. de vind. libert.* Quæ autem sint justæ causæ, satis evidenter hic in libro exponit: Regula igitur est: Minor 20. annis manumittere non potest servos suos, nisi justam manumittendi causam apud consilium probet. Ratio huius regulæ redditur *§. ult. I. h. t.* quia scilicet libertas utpote res inæstimabilis *l.106. l.176. §.1. D. de reg. iur.* & quæ semel data non possit revocari, non est temerè tribuenda ab eo, qui imbecillis adhuc sit judicii. In quam sentētiam Tacitus quoq; eleganter scribit *lib.13. annal.* ideo dispiciat quisq; merita, tardeq; concedat, quod datū non adimitur. Prohibetur autē minor tàm per se, quàm per aliū manumittere. *l.7. D. qui & à quibus man. l.4. C. qui manum. nō poss.* Sed regula superior de manumissione voluntaria intelligenda est non de necessaria, ad quam conditionis implendæ causa aliquis tenetur, puta, cum servum hac lege ut eum manumittat donatum accepit, vel heres institutus est sub hac cōditione. Nam hæc manumissio minori conceditur, & quidem sine causæ cognitione, quam si probet, tantum ex abundanti probat *l.20. D. de man. l.15. & l. seq. §.1. l.20. §.1. D. de man. vindicta.* Ratio est *in d. l.20.* quia etiamsi non manumiserit: tamen servus ad libertatem perveniet. Porro justæ causæ manumissionis non omnes hic afferuntur, sed tantum præcipuæ quædam exempli causa: nam omnes exequi voluerimus longum est, ut ait *Paul. l.15. §.1 D. de manu. vind.* Et plures relinquendæ sunt æstimationi atq; arbitrio Judicis. Estq; inter has causas etiā illa cum quis procuratoris habendi causa servum manumittit.

per *l.1. C.h.t.* idque hanc ob causam, quia impediret libertatem, cujus magnus est favor: interest enim Reip. abundare liberis hominibus. Unde pulcherrimè rescripsit sapientissimus Imper. Hadrianus, malle se imperium ampliari hominum adjectione potius, quàm pecuniarum copia *l.ult.D.de bonis damn.* Deinde quia inhumanum videretur, morienti id denegare in testamento, quod vivo atque valenti concederetur. Licebat autem omnes vel quot quisque vellet manumittere inter vivos vindictâ. Sed lex Fusia Caninia hanc habuit rationem, quia faciliores sunt ad manumittendum morientes quàm vivi. Hi namq; sunt restrictiores, utpotè qui ipsi adhuc egeant ministerio servorum.

AD TIT. IIX. DE HIS QUI SUI VEL ALIENI IURIS SUNT.

TOtus hic tit. descriptus est ex *l.1.& 2.D.eod.* Affertur autem hic altera ex tribus principalibus divisionibus personarum: qua scilicet personarum quædam sui juris sunt: quædam alieno juri ac potestati subjectæ. Sui juris sunt Patresfamiliarum, sive sint puberes, sive impuberes *l.4.D.h.t.* item Matresfamiliarum quamvis liberos non habeant. *l.195.§.2.* D. *de verb.sign.* non enim relatio ad liberos facit patremfamil. sed potestas & principatus domus & familiæ suæ. Is inquam paterfam. est, Quem penes & secum vis est, & tota regendæ cura domus: ut *eleganter ait Gunth.lib.3.Ligurin.* Alieno juri subjecti sunt servi & filijfamilias. Servi: potestati dominicæ, filijfam. patriæ: Nam potestatis verbum non solum ad liberos, verum etiam ad servos trahimus *l.5.D. de don. inter Vir.& Vx.l.1.§.potestatis D. de tributo*: *actione l.215.* D. *de verb.sign.* Quanquam autem de servis iam sup. aliquid dictum est: tamen de potestate Dominorum in eos, quanta illa sit, adhuc nihil explicatum est, id quod fit. h. t. sicut de potestate pat. I. t. prox. Ergò de potestate dominica in servos duo potissimum observanda sunt. Primò eius origo. Deinde eius vis, atque effectus. Origo potestatis dominicæ sive herilis est ex jure gent. ut *h.& l.1.§.1.D.eod.* quia nimirum Jus gent. id est, quod apud omnes gentes per æque receptum est, apud omnes populos custoditur *§.1.sup.t.2.* Deinde quia servitus ipsa est Juris Gent. ut in eius definitione dictum *sup.t.3.* Ergo & hæc potestas sive dominium. Nam hæc sunt ex relatis, servitus & dominium. Servus & Dominus. Vis & effectus huius potestatis in duobus maximè consistit. Videndum enim est tum quid liceat Domino in corpus servi, tùm quid in eius res, seu bona per ipsum acquisita. In corpus servile tanta fuit olim Domini potestas, ut sine more & modestia in id impunè sævire posset, non solum flagris, & loris cædendo & scindendo quamvis innocentes, verum etiam occidendo. Breviter jus vitæ necis Dominus in servum habebat. Unde Senec. *lib.3. de benef. cap.23.* Domini in servos vitæ necisque potestatem habuere. Et Cæsar scribit *lib.6. de bello Gall.* apud Gallos Maritis in Uxores jus vitæ & necis fuisse, ut Dominis in servos; Ac mira exempla crudelitatis Dominorum in servos referuntur à Seneca in libris de ira, & à Bodin. *lib.1. de Rep.cap.5.* Videri potest etiam Macrob. *lib.1.Satur.* Sed abusus huius potestatis & ista Dominorum crudelitas effecit, ut servi quoque in Dominos hostilem induc-

induerent animum. Vnde in proverbium abijt. Quod servi tot hostes. Et hinc est quod sene: ait. non pauciores perijsse ira servorum suorum, quam regum. Exemplum de servis Largij Macedonis refert Plinius *lib.3.ep.14.*

Nec tantum in Dominos verum etiam in Remp. sæpe conjurabant ut apud Macrob. aliosque videre est: tanta enim erat multitudo servorum ut ingenuos & cives Romanos longe superarent, adeoque formidabiles essent toti Reip. de quo testatur *Senec. lib. 1. de clem. cap. 24.* Solebant autem sæpenumero servi ut hanc crudelitatem Dominorum effugerent, ad ædem sacram confugere, & ad statuas Principum, tanquam ad asylum *l.17.§.12.D.de edil.edicto.* Et tandem sub Christianis etiam ad Ecclesiam, de quo more *est t. C. de his qui ad Ecclesias confugerunt, & t. C. de his qui ad statuas* &c. Et sene. ait servis licet ad statuam confugere cum in servum omnia liceat *lib.1.de Eclesia cap. 18* Vide etiam *l.1.ff.de officio præfecti urbi,* ubi hoc officium etiam dicitur præfecti urbi ut servos tales de Dominis conquerentes audiat, & sene. eò respexit cum diceret. De iniurijs Dominorum in servos, qui audiat positus est, qui & sævitiam & libidinem & in præbendis ad victum necessarijs avaritiam compescat *lib. 3. de benef. cap. 22.* Et hæc quidem olim. Posterius autem hæc potestas & hoc jus Dominorum valde restrictum atque imminutum est. Primum quidem per legem petroniam & SCtis, circa eam factis. Deinde maxime per constitutiones Principum & rescripta Anto. Pij, & eo redacta est res, ut modica tantum castigatio Domino in servum concederetur: maior sævitia & asperitas probiberetur, ut *h. §. sed hoc tempore vers. sed & maior.* Vide hac de re *t. C. de emen. servorum.* Et Paulus eleganter ait: Modum castigandi in servorum etiam coercitione placuit temperari. Si ergo sine causa Dominus occiderit servum, eadem pæna afficitur, quasi alienum occidisset. Nam si dolo eum occiderit, reus erit *l. Cornel. de sicar. Paul. lib. 5. sent. l. 3. D. ad Corn. de sica.* Quæritur hic quatenus servus Domino obtéperare cogatur; respondet *l. ad ea 157. D. de R. I.* ad ea quæ non habent atrocitatem facinoris. Si Dominus in servum sæviat cogitur eum vendere, & quidem bonis conditionibus, id est, justo precio, & ita ne in venditione apponat aliquod pactum iniquũ & durum adversus servum, quale esset ne servus unquam manumittatur, vel ut exportetur & similia. Nec unquam talis servus in potestatem Domini prioris reverti debet ut *hic prope finem & argumento l.1.§.27.ff.de quæst.* Dices neminem invitum cogi vendere rem suam, ut nec emere. *l.11.C.de contrah. emptione l.16.C. de jur. delib.* Est enim hic contractus ex eorum numero qui consensu fiunt, ut infra docebitur. *t. de obl. quæ ex consensu.* Respondeo, hoc introductum est rescripto Imperatoris propter causas justas, quæ hic in textu exprimuntur. Sic & aliàs potest quis cogi ad vendendum, ut docet *Accursius hic in gl. & ad d. l.11.* Rescriptum hoc D. Pij perelegans extat etiam in *l.2.D.h.t.* in quo præter cætera notanda est regula. Nemini jus suum aut rem suam invito auferri posse, quo pertinet *l.11.D. de R.I.* Excipiuntur tamen, ut modo dixi, quidam casus, in quibus tamen omnibus Dominus recipit precium rei suæ, Extra hos casus nemo cogitur rem suo precio vendere *l.8.§.ult. & l.seq. D. de act. rerum amotarum. l.35.§. petitor & l. 70. D. de rei vindic.* Porrò quid hic sit fraudem constitutioni facere vel legi *supra*

exposui

exposui ad t.6. Fieri autem potest fraus constitutioni, si venditor hoc agat cum emptore ut is servum redhibeat, Theophilus hîc. Familia hic significat multitudinem servorum, *ut in t. D. si fam. furt. fecis dicatur, & l.195.* §. 3. D. *de verb. sign.* aliàs familia idem est quod hereditas, *ut in t. D. famil. ercisc unda.* Hoc igitur jus Dominus & olim habuit & hodiè habet in personam servi. Quid autem vicissim Dominus servo debeat, elegāter exprimit idem Imperator D. Antoninus in alio rescripto, quod extat *in frag. Vet. Jurisconsultorum t.3.* Servorum obsequium, inquit, non solum imperio, sed & moderatione & sufficientibus præbendis, id est, (alimentis seu diariis ad demensum) & justis operibus contineri oportet: quod idem etiam præcipit *Salomon in proverb.* De rebus per servum acquisitis, dicendi locus erit ad t. J. per quas personas cuiq; acquiritur & ad t. de stipul. servorum. Breviter quicquid servus consequitur vel ex operis suis vel ex contractibus vel ex liberalitate aliorū per donationes, per legata, per institutionem, &c. id omne acquirit Domino. Idq; ideo quia absurdum est eum habere aliquid proprij, qui ipse quantus, quantus est, alienus est. Unde servus bona nulla habere dicitur *in l.182. D. de verb. sign.* Potest tamen servus consensu Domini habere peculium, cujus nomine datur in dom. actio de peculio, ut dicetur inf. suis locis.

AD TIT. IX. DE PATRIA POTESTATE.

POstquam Imperator de Dominorū in servos jure ac potestate explicviat recte atq; ordine proximo loco subiicit potestatem patriam in Liberos, propter maximam scilicet similitudinem, quæ inter utramq; potestatem olim erat, ut mox intelligetur, & latè explicatur hic ab Hotom. Vide *ad h.t.* quæ scripsit Albericus Gentilis *lib.4. de Nuptijs c.1.* Joh. Bodin. *lib.1. de Rep. c.4.* & Muretus *lib.7. variarum lect. c.4.* ubi eleganter exponit quid intersit inter imperium Patris & Domini: quæ duo genera sic inter se confert Tertull. *lib.2. advers. Marcionem.* Pater potestatis blandæ est; Dominus severæ. Itemq; Seneca *lib. 1. de Clementia.* Nos breviter hæc capita explicemus, primū cujus juris sit hæc potestas, seu quæ ejus sit origo. II. qui eam habeant & in quos & ex quibus causis. III. qui sit effectus ejus, & quæ cognatio cū potestate dominica, item quę sint inter easdē differentiæ. IV. & ult. quid juris sit moribus nostris. De primo capite ait Imperator §. *jus autem pote. h.t.* jus patriæ potest, esse proprium civium Romanorum. Est igitur patria potestas juris civilis: quod idem ait Cajus *in l.3. D. de his qui sunt sui.* Et commemorantur verba l.12. tab. ista: Patri in filio vitæ necisque potestas esto. Si Pater filium ter venum duit, Filius à Patre liber esto. Meminit hujus legis etiam Dionys. Halicarnusseus *lib.2. & Vlp. t.10. in frag.* Nec obstat huic sententię *l.8. D. de his qui sunt sui vel ali. jur.* Ubi Ulp. ait jus potestatis moribus esse receptū, non enim est novum in jure ut quæ legibus primum introducta sunt ea moribus postea tribuantur, cum & leges confirmentur moribus atq; usu, sine quibus nullam vim habituræ essent. Videte elegantem locum *in para. Cujacij C. quæ sit longa consue.* Cum ergo patria potestas sit civilis, hinc sequitur eam in peregrinos nō cadere. *Vlp. t.10. §. si pater.* neq; in servos *l. ult. D. de adopt.* Deinde hinc sequitur iisdem modis amitti illam quibus & civitas amittitur, ut deportatione, captivitate hostium, & servitute pœnæ, aliisque modis de quibus *inf. t.12.*

Sed

Sed huic sententiæ valde obstat, quod etiam apud alias gentes parentibus in liberos & imperium, & ius vitæ ac necis fuerit; ut late probat Bodi: dicto loco. Ubi Justinianum hoc nomine reprehendit sicut libenter solet & hunc & Aristotelem carpere. Dicendum est, tametsi apud alias quoque gentes aliqua fuerit potestas patria, quam & Arist. ait niti ratione naturali *in 1. Polit. & 8. Eth.* & ex eo Plinius in Panegyrico: Vis (inquit) & lex naturæ semper in ditione parentum liberos jussit esse: tamen eam non fuisse talem qualis Romanorum. Jam verò id est jus gentium, quod apud omnes populos peræque custoditur. Vid. & Hotom. hic. Habent autem hanc potestatem Parentes, & habent in liberos suos, & quidem etiamsi Parentes sint furiosi *l. 8. de his qui sunt sui vel alieni iu.* Nam quæ sunt Juris, ea etiam ignorantibus acquiruntur & conservantur, nec furor superveniens ullum ius tollit aut abrogat. Sed hæc ita intelligenda sunt, ut Pater quidem vel Avus paternus, & proavus & cæteri, in potestate habeant: Mater verò & avus maternus, & cæteri non habeant. De avo paterno & de Patre est §. *ult. h. t.* De avo materno est idem §. in vers. qui autem ex filia: De matre est §. *fœmina infra de adopt. & §. cæteri infra de hered. qual. & differentia* Cur avus paternus in potestate habeat utrumque & filium suum & nepotem ex eo. Ratio est, quia unum caput esse debet, hoc est, unus paterf. in una domo *l. 195. §. 1. & l. seq. D. de verb. sign.* Perinde ut in uno regno secundum Homer. & Q. Curtium unus Rex. Multos imperitare malum est: Rex unicus esto. Qui autem non est suæ potestatis (ut hoc loco est Pater, qui continetur in potestate avi) is alium in sua potestate habere non potest *l. 12. D. ad l. Iul. de adult.* facit huc *l. qui in serv. D. de reg. iu.* Etsi autem uterque & filius, inquam, & nepos sunt in potestate avi: tamen in eo differunt, quod dum vivit filius, nepos non est avo suus heres, sed filius, ut dicitur *infr. ad t. de hær. qual.* sed si filius potestate exierit, vivo Patre: nepos in eius locum succedit, hoc est, fit avo suus hæres *l. 7. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Mortuo autem avo, nepos in potestatem filii, hoc est, Patris sui, recidit *l. 5. D. de his qui sunt sui.* Ratio porrò, cur Pater, non verò Mater liberos in potestate habeat, est quia in his quæ sunt civilia, ut potestas, familia dignitas, nobilitas, liberi Patrem sequuntur non Matrem *l. 29. & l. 15. D. de sta. hominum.* Accedit quod Mas aptior est ad gubernationem, quam fæmina, *teste Arist. in pol.* Et explicatur à DD. ad *l. 2. D. de R. I.* Cur avus maternus Nepotes ex filia in potestate sua non habeat; ratio est: quia filia per nuptias transit in aliam familiam: & hinc eleganter fæmina dicitur caput & finis esse suæ familiæ *ab Vlp. d. l. 195.* Familiæ namque per mares conservuantur ut ait Eurip. Domus columnas esse liberos Masculos, στῦλοι γὰρ οἴκων παῖδές εἰσιν ἄρσενες. Quam ob causam etiam olim plus juris tribuebatur maribus in successione ab intestato, quàm fæminis, ut *infra* suo loco dicetur *lib. 3.* Videmus igitur hoc loco exéplum eius, quod fæminarum conditio in multis iuris articulis deterior esse dicitur à Papiniano quàm Masculorum *l. 9. D. de stat. hominum.* Deinde nō tantùm Parentes naturales, sed etiam adoptivi eandem potestatem habent *l. 5. in fine D. de his qui sui &c.* Sed hac de re dicam *infr.* ad t. de adopt. Tertiò etiam Parentes, qui per legitimationem liberos in potestatem suam redegerunt §. *ult. inf. t. prox. de nupt.*

Causæ

Cauſæ enim poteſtatis hujus tres ſunt. I. procreatio ex juſtis ſeu legitimis nuptiis. II. adoptio, III. legitimatio ut hic in princ. & §. *ult. infra t. prox. l. 3. D. de his qui ſui ſunt. & t. t. infra de adopt.* Dixi juſtas nuptias eſſe cauſam patriæ poteſtatis. Nam ex injuſtis nuptiis procreati non ſunt in patria poteſtate §. *ſi adverſus ea infra t. prox.* Sic neque ex concubinis nati *t. t. C. de natur. liberis.* Porrò vis & effectus patriæ poteſtatis etiam in duobus conſiſtit. I. in perſona ſeu corpore librorum, II. in rebus eorundem. In perſonam librorum Patri olim tantundem licebat, quantum Domino in ſervos, imò in quibuſdam etiam plus licebat Patri. Nam & Pater occidere poterat filium, non minus quàm Dominus ſervum *l. 11. D. de libris poſthumis. l. ult C. de patria poteſtate,* & noxæ eum dedere §. *ult. infra de noxal. actionibus.* Atq; extant in hiſtoria Romana exempla huius rei, quorum quædam referuntur à *Valer. Maximo lib. 5. cap. 8. & ab Hotom. ad h. t.* Quod dixi, etiam plus licuiſſe Patri in filium, ei rei argumento eſt, quod ſervus faciliùs manumitti poterat, quàm filius liberari patria poteſtate, qui non niſi poſt tertiam venditionem & manumiſsionem Patris poteſtate exibat, ut ſupra dixi *ex Vlp. t. 10.* In eo tamen differebant, quod ſervus propriè in dominio eſt, & in patrimonio, ac poſſidetur: filiusf. eſt in poteſtate. In Magiſtratibus tamen filiorum quieſcebat patria poteſtas, *teſte Gell. lib. 2. cap. 2.* In his enim cauſis publicis, Filiusf. habetur loco Patrisfamilias *l. 9. D. de his qui ſunt ſui. l. 2. D. de Senatusconſulto Macedon.* In rebus quoque per liberos acquiſitis Pater olim idem juris habebat, quod Dominus in ſervos, ut ſcilicet omnia ſine exceptione Patri acquirerentur. Sed poſtea introducta eſt diſtinctio peculiorum & bonorum, *de quibus infra t per quas perſonas.* Ut autem ſupra dixi de poteſtate Dominorum in ſervos, ita & patria poteſtas plurimùm imminuta eſt, neque amplius licet Patri filium inauditum & indemnatum occidere: ſed cogitur eum accuſare apud præfectum urbi vel præſidem provinciæ, qui quidem ſententiam dicet quam voluerit dici pater. *l. 2.* D. *ad l. Cor. de ſicar. l. 3.* C. *h. t.* Quod congruit cum lege Moſaica. *Deuteron. 21.* Sunt tamen in jure civili aliquot effectus hujus poteſtatis. Nam ratione & vigore poteſtatis Filius invito Patre non poteſt uxorem ducere: & Pater filio tutorem dare poteſt, eique ſubſtituere pupillariter: & eum exheredare, ut infra ſuis locis explicabitur; item conceditur Patri caſtigátio in filium aliquid alienantem de bonis ſuis *d. l. 3. C. h. t.* Non poteſt autem Pater oppignorare, neque donare, neque vendere filium *l. 1.* C. *h. t.* Excepta cauſa inopiæ ut eſt in *l. ult.* C. *de patrib. qui filios diſtrax.* Ibi ſunt qui legere malint, ſanguinolentos, ut Alciat. Tiraquell. Balduin. cum ſit vulgo ſanguinolentus, q. tantum recens natos liberos & adhuc à matre rubentes pater vendere ex tali cauſa poſſit. Verum quia etiam grandiores venditos legimus, præſtat retinere vulgarem lectionem ſanguinolentus, id eſt, crudelis pater: Qua in ſententia etiam Alb. Gentil. eſſe video *lib. 4. de Nupt. c. 1.* Nō poteſt etiam Pater abdicare filium *l. 6. C. h. t.* quamvis apud Græcos hujusmodi abdicationes fuerunt uſitatæ. Ipſi ἀποκηρύξεις vocabant, vide *& Lucian. in Abdicato.* Poſtremo quod ad mores noſtros attinet, ferè evanuit patria poteſtas (nunquam tamen expreſſe ſublata eſt.) Ac tantum reverentia quædam & obſervantia naturalis reliqua eſt, quæ multum differt à patria pote-

state nec tantum patri & auo paterno, sed etiam Matri & auo materno & cæteris à liebris debetur, una inquam omnibus parentib. reuerentia seruanda est *l. 4. & 6. D. de in jus uoc l. 4. D. de Curat furios.*

AD TIT. X. DE NUPTIIS.

DIxi ad t. prox. præc. tres esse causas patriæ potestatis. Earum duæ sub h. t. afferuntur. I. procreatio ex iustis nuptiis, & legitimatio. Rectè autem primo loco de nuptiis explicatur quia hæc causa ortum habet ab ipsa natura, cum reliquæ duæ ab arte sint inventæ. Semper autem natura prior est arte. Etsi autem de nuptiis infinitæ quæstiones afferri possunt, ut, an matrimonium sit iuris civilis, an naturalis, an sit sacramentum, & res ecclesiastica, an vero politica, & similes; tamen illis omissis, utpote quæ non pertineāt valde ad nostrum institutum, quibus maxime proposita esse debet textus nostri explicatio, eius ordinem sequamur, & ad certa capita illum revocemus. Primum igitur Definitionem nuptiarum exponamus quæ ex t. præced. nobis residua mansit. II. quænam sint necessaria, sive requisita ad iustas & legitimas nuptias. III. quænam sint nuptiæ prohibitæ atq; iniustæ. IV. quæ sint earum pœnæ. Priusquam tamen ad hæc accedamus, loca quædam annotanda videntur, ubi hæc pleniùs tractantur. Deinde de vocabulis hic usitatis. Deniq; de sponsalibus pauca dicenda, quia hæc quasi præparatio quædam præcedere solent matrimonium. Videantur ergo *in D. t. 1. & 2. lib. 23. D. de sponsalibus & ritu nuptiarum*, item *bona pars lib. 5. C. & Nov. 22. cum pluribus aliis.* In jure Canonico *totus liber. 4. decretalium, & de credi parte 2. causa 27.* cum multis sequentibus. Ex Interpretibus recentioribus pracipui sunt Triaquellus in legibus coniugialibus. Franciscus Connanus lib. 8. 7. capitibus prioribus. Brissonius in libro singulari de ritu nuptiarum & lib. iure connubiorum. De iure autem. & potestate Mariti in Vxorem videte. *Bod. l. 1. de Rep. cap. 3.* Porro verba quæ hic maxime recepta sunt nuptiæ, matrimonium, coniugium connubium, item conditio, consortium, contubernium, Vxor, matrona materfamilias, maritus, coniux, Virgo, mulier, nubere, ducere vel plenius, Vxorem ducere, vel domum ducere, item nuptias vel matrimonium contrahere &c. Nuptiæ à nubendo dictæ sunt hoc est, à tegendo; nam sponsa flammeo velabatur, ut ex multis autoribus probat *Brissonius dicto lib. de ritu nup.* est autem hæc velatio signum subiectionis & humilitatis, *teste Isidoro lib. 2. de officiis cap. 19.* qui citatur *in c. fœminæ 30. quæst. 5.* Etsi autem nubere proprium est fœminarum, & ducere Virorum, (ut *apud Mart. lib. 8. ep. 12.* Vxorem quare locupletem ducere nolim quæritis, Vxori nubere nolo meum. *Item lib. 9. ep. 6.* nubere vis prisco, non miror Paula, sapisti: ducere te non vult Priscus; & ille sapit.) Tamen nuptias contrahere uterq; Coniugum recte dicitur. Matrimonium quidam voluntaliàs, significare bona materna, sicut patrimonium, paterna. Et sic usurpari apud Val. Max. Suet. & Senecam. Vbi & lectionem receptam mutant. Quos refellit eruditissimus Isaac Casaubonus Animaduersionib. in Suetonium. Sed hîc significat Maris & fœminæ coniunctionem *ut §. 1. sup. de jure*

jure natur. & §. *nuper autem sup. t. prox.* Diciturq, Matrimonium à Matre, non quod iam Matre sit nova nupta, sed ob spem & bonum omen, quod mox futura sit *teste Gell. lib.* 18. *cap.* 6. *Vide & Lips. in comment. ad* 11. *Annalium Taciti.* Rationem huius appellationis reddit Pontifex *in c.* 2. *Extra, de conversione infidelium.* Ideo inquam vult, à Matre potius, dici matrimonium quàm à Patre; quia omnes ferè molestias in educatione sobolis Mater sustinet. Mater (inquit) ante partum est onerosa; in partu dolorosa, post partum laboriosa. Alij & hanc causam reddunt, quia Mater semper magis est certa quare Pater *l.* 6. *D. de his qui sunt sui, & l.* 5. *D. de in jus voc.* Quæ etiam causa est, cur Matres ardentius ament liberos quam Patres, *secundum Manendrum*

ἔςι δὲ μήτηρ φιλότεκνος μᾶλλον πατρὸς.
ἡ μὲν γὰρ αὐτῆς οἶδεν υἱὸν, ὁ δ' οἴεται.

Quorum versuum hæc est sententia. Mater suos ardentius patre diligit. namq; illa proprios esse nouit, credit hic. Ex quo intelligimus non sine temperamento quodam & grano salis accipiendum esse quod alibi ait Imper. Nullum esse affectum qui vincat paternũ. Vincit enim certè hunc Maternus amor sobolis. Unde & *Chrysost. lib.* 1. *de providentia,* cum dixisset, Exemplum summæ affectionis nullum nos maius novimus quam patris erga filios: subjungit statim. Nisi fortassis Esaias maius aliquid docuit, qui matris potius exemplo vsus est quæ erga natos suos longe misericordius afficitur quam pater &c.

Conjugium ut & conjuges à conjungendo dicti, seu copulando quasi sub idē jugum *teste Festo.* Hinc & jugum nuptiale dicitur *in l.* 10. *D. de condit. & demonstrat.* Connubium erat olim jus legitimi matrimonij vel uxoris jure ducendæ facultas *Vlp. t.* 5. *in fragm.* Ita usurpatur verbum hoc in *l.* 45. §. *hoc caput D. de rit. nupt.* Liberta, inquit, Sponsa Patroni, si & nuncium miserit cum alio connubium habet, hoc est, facultatem nubendi alteri. Sic aliquoties *in l.* 11. *in pr. &* §. 2. *D. de diuort. in l.* 2 *C. de incest. nupt.* Cum ancillis non potest esse connubium, sic *Senec. lib.* 4. *de benefic* non est mihi (videlicet civi) cum extraneo connubium. Sic inter libertum & senatorem patronum non erat connubium. Alias simpliciter usurpatur pro ipso matrimonio, ut *apud Virg. quoq;* 1. *Aen.* Connubio jungam stabili, propriamq; dicabo, & passim in jure nostro. Conditionis verbum passim apud Plautum, Terentium, & alios Autores usurpatur de re matrimoniali, ut quærere conditionem filiæ suæ, item, collocare filiam in conditionem se dignam, item in veteri formula repudij conditione tua non utor. Contubernium proprie est conjunctio servorum *l.* 59. *D. de fideicom. liber. l.* 4 *C. de dolo malo, l. penul. C. h. t. & l.* 3. *C. de incestis nup.* Unde servus & ancilla conjuncti vocantur inter se non Mariti & Uxores, neq; coniuges, sed contubernales *l.* 81. *D. de condit. & demonst. l.* 41. §. *concubina D. de legatis* 3. *Paulus lib. sent t. de SCto Claudiano.* Uxor dicta est quasi Unxor ab ungendo: quia lana ovilla adipe suillo, vel lupino tincta, postea ædium Mariti ungebat. Unde & Juno, quæ præses nuptiarum habebatur, unxia dicitur.

Matrona porro & materfamilias quid sint, & quomodo differant vide apud *apud* Cic. *in top. & apud Gell. lib. 18. cap. 6.* Sæpè tamen promiscuè usurpantur, ut passim in jure & apud *Cic. pro* C*ælio.* Petulanter facimus, si Matremfamilias secus quam matronarum dignitas postulat, nominemus. Videte etiam *l. 46. §. 1. D. de verb. sign.* Et C*ujac. lib. 3. obser. cap.* 18. Ductio domum sæpè nominatur in legibus, quia hæc olim perficiebat matrimonium. *l. pen.* D. *de donat. inter virum & uxorem.* Sicut nostris moribus deductio ad Ecclesiam, & benedictio sacerdotis, de qua vide *Hottom. illust. quæst. c. 25.* Eamque benedictionem sacerdotalem apud Christianos antiquissimam esse apparet ex his Ignatij & Tertulliani locis: quorum ille *Ep. 8. ad Polycarp.* scribit: πρέπει δὲ τοῖς γαμοῦσι καὶ τοῖς γαμούσαις μετὰ γνώμης τοῦ ἐπισκόπου τὴν ἕνωσιν ποιεῖσθαι, ἵνα ὁ γάμος ᾖ κατὰ κύριον, καὶ μὴ κατ' ἐπιθυμίαν. Tertullian. verò *in lib. de Pudicitia c.* 4. ita: Penes nos (inquit) occultæ conjunctiones, id est, non prius apud Ecclesiam professæ juxta mœchiam & fornicationem judicari periclitantur: Alterum ejusdem auctoris locum ex 2. ad uxorem alij jam protulerunt, ut C*uiac. ad c. 1. extr. de sponsal. & Hottom. d. quæst. 25.* ubi etiam ostenditur, quam vetustus inter Christianos sit mos hodie quoque laudabiliter frequentatus, ut matrimonium futurum bis terve in Ecclesia proclametur denuncieturq; à Presbytero, si quis fortè legitimum impedimentum ejus tum sciat, is uti intra certum diem alleget, & matrimonio contradicat: De quo banno Ecclesiastico vide & C*uiac. ad c. 27. cum in tua ext. de sponsalib.* Ad deductionem quod attinet (de qua dicere cœperam) nominatur ea in *l. 32. §. pen.* D. *de don. int. Vir. & ux. l.* 10. D. *de condit. & demonst. l. 5. §. interdum.* D *commod. l. 13. §. si minor.* D. *ad L. Iul. de adult. l. 9. D. de sponsal. l. 2. §. 1.* D. *de his qui ut indig. l. 6 C. de donat. ante nupt.* Et meminit eius etiam Augustin. *lib. 6. de civit. Dei.* Domum ducenda est, quæ nubit: adhibetur Deus domiducus. At fit deductio novæ nuptæ in domum mariti tanquam domicilium & sedem matrimonij, quam uxor sequi cogitur *l. pen. D. de Iurisdict. l 32. D. ad Municip. l. ult.* C. *de incolis lib. 10. & l. mulieres.* C. *de dignit.* Etsi enim, ut est in Reg. Juris, nuptias consensus facit non concubitus *l. 30.* D. *de R. I.* tamen talis consensus intelligendus est, cui accedat deductio in domum *l. 15. D. de condit. & demonst.* Consensus, inquam, in nuptiis non excludit deductionem in domum, quasi hæc non sit necessaria ad matrimonij substantiam, sed excludit concubitum *d. l. 3. & d. l. 15.* item excludit dotem, donationem propter nuptias, & scripturam sive tabulas matrimoniales, item pompam nuptialem, quæ omnia possunt quidem accedere ad matrimonium, sed non sunt ad id necessaria, ita ut sine his illud subsistere non possit: quæ etiam Petri antiqui glossatoris sententia fuit, laudata ab Azone *in summa.* C. *h. t.* Faciebat autem illa deductio interventu aquæ & ignis, tanquam scilicet elementorum, quæ ad vitam humanam maximè sunt necessaria. His accipiebatur Uxor ut est *in d. l. pen.* Observandum est autem uxorem etiam in absentis mariti domum duci posse *l. 69. §. in domum. D. de jure dot. l. 5. D. de rit. nupt.* sed absens mulier nubere non potest. *d. l. 5. & Paul. lib. 2. sent. t. 21. de nupt.* De aliis nupt. solennibus videatur Brisson. Connanus, Iul. Scaliger *lib. 3. poetices*, ubi tradit materiam epithalamij. Sponsalia alias significant idem quod arrhæ sponsalitiæ ut *l. 1. C. si nuptiæ ex resc. petantur. l. 6. C. Theodosi. de*

dosi. de sponsalibus & t.C. si rector provinciæ vel ad eum pertinentes sponsalia dederint, quæ mox in ipso textu legis vocantur arrhæ sponsalitiæ. Alias idem quod sponsalitia largitas sive donatio propter nuptias *l.2.C. de secundis nupt.* Sed hic sunt mentio & repromissio nuptiarum futurarum ut definit Florentinus *l. 1. D. de spons.* Quæ definitio vel sola satis esse poterat ad redarguendam divisionem sponsaliorum vulgarem, tanquam falsam & inanem. Volunt enim alia esse sponsalia de futuro, alia de præsenti, ut, ducam te in futuro. Quorum illa propriè sint sponsalia, hæc abusive, & æquipollent matrimonio. Ita, inquam, vulgo receptum est ex jure Pontif. *t. t. extra de sponsalibus.* Sed hac ratione introducitur confusio matrimoniorum & sponsaliorum, quæ toto genere differunt. Quod etiam quidem saniores juris Canon. Interpretes viderunt. Sponsalia omnia sunt futurarum nuptiarum; unde & in sponsa dicitur esse spes matrimonij *l. 13. §. 3. D. ad legem Iul. de adul.* Quomodo autem & inter quos, & qua ætate recte contrahantur sponsalia, quomodo item dirimantur *ex D. & C. petendum est.* Nos ab hac veluti digressione in viam revertamur & nuptiarum definitionem explicemus. Definiuntur nuptiæ viri & mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens §.1. *sup. tit. prox.* quam definitionem etiam repetiit Alexand. III. Pontifex *in c. XI. illud quoque ext. de præsumpt.* sed pro continens legit retinens, quod idem est. Apud Theophil. legitur παρέχουσα quod esset præbens. Sed Cujac *ad d. c. XI.* emendandum putat περιέχουσα, quod est complectens vel continens. Cum autem etiam alterum Theophil. addat, ἐπαγγέλλουσα ex eo coniicit Cujac. eum variè legisse in Latino Institut. exemplari condicens vel continens. Item aliis verbis sed eodem sensu à Modestino *l. 1. D. de rit. nupt.* Nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, & consortium omnis vitæ divini & humani juris communicatio.

Conjunctio hic accipienda est animorum, mentium & voluntatum: quæ quidem tanta & tam arcta est, ut Deus ipse dicat in conjugio duos unam carnem futuros: Et quamvis inter Patrem & filium maxima sit conjunctio, (adeò ut filius non solum portio corporis paterni censeatur, sed eadem cum Patre persona, *argument. §. si quis alij. vers. ei vero infra de inut. stipul. l. ult. C. de impu. & alijs substitutionibus*) tamen præ uxore jubemur relinquere parentes *Gens. 3.* De corporum conjunctione sive concubitu ait *d. l. 30. D. de R. I. & l. 15. D. de condit. & demons. & l. 32. §. si mulier. D. de donat. inter virum & ux.* eam nuptias non facere. Ait Imperator, Viri & mulieris (in singulari inquam numero) ut excludat polygamiam Matrimonium enim dici non potest, ubi mulier una multos viros habet: sed hæc aut meretrix aut adultera nominabitur. Verum de Polygamia plura infra dicemus ad verba · duas uxores eodem tempore habere non licet. Consortium omnis vitæ idem est quod individua vitæ consuetudo: quæ & societas vitæ dicitur *l. 1. D. rerum amotarum.* Nam hoc animo esse debent conjuges matrimonium cõtrahentes, quod perpetuo & ad finem vitæ sibi cohabitare velint. Ad tempus verò non licet conjugem accipere, ut neque filium habere temporalem *l. 34. D. de adopt.* nec licet nostris moribus idem facere quod fecisse accepimus Catonem qui Hortensio Marciam uxorem suam ad tempus concessit libe-

rorum procreandorum causa. Petierat enim Hortensius à Catone ut Porciam filiam suam Bibulo nuptam sibi in matrimonium collocaret ad tempus, redditurum se eam marito, quamprimum ex ipsa prolem suscepisset: Cumque id multis rationibus persuadere conatus esset, respondit Cato, se quidem libenter amico gratificaturum, sed non audere hoc à Bibulo petere: tum Hortensius: tuam igitur (inquit) uxorem Marciam mihi concedito. Quid faceret Cato? cum jam facultatem denegandi ipse sibi ademisset, assensus est, ut Marcia Hortensio concederetur, volente tamen & consentiente ejus Patre. Itaque ipso Catone præsente facta sunt sponsalia: Meminit hujus rei etiam *Tertullianus Apologetic. cap. 39.* ubi Socratem quoque idem fecisse testatur. Amplius consortium omnis vitæ etiam hoc continet, ut conjuges bona malaque una tollerent, quasi ejusdem fortunæ tam adversæ, quàm prosperæ consortes. Quo pertinet quod dicebat Theogena Agathoclis uxor Regis Syracusanorum, se cũ marito suo non tantùm prosperæ, sed etiam omnis fortunæ societatem iniisse. Quid enim tam humanum, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel viri uxorem esse participem? ut eleganter ait Ulp. *l. 22. si cum dotem. §. si maritus. ff. soluto matrim.* Nubendo enim (ut ait Justinianus *lib. 23. histori.*) mulier non prosperæ tantũ, sed omnis fortunæ init societatem. Sic & Diodorus Sinopensis vocat γυναῖκα κατὰ πάντα μέτοχον τοῦ βίου: in hac pulcerrima sententia, ex qua obiter tollo mendum. κρεῖττόν ἐστιν ὦ τεθραμμένην λαβεῖν γυναῖκ' ἄπροικον, ἢ κακῶς μετὰ χρημάτων, τὴν ἐσομένην κατὰ πάντα μέτοχον τοῦ βίου. Præstat, inquit, benè educatam accipere uxorem indotatam, quam malè moratam cum multis divitiis. Addit rationem: Quippe quæ per omnia sit futura particeps ac socia vitæ. Perperam vulgò editur: καὶ ταῦτα, pro eo quod verum est, κατὰ πάντα. Postremò quod dictum est: divini & humani juris communicatio, idem valet quod omnium rerum. Sic enim loquuntur autores, divina & humana, vel divinæ & humanæ res pro omnibus rebus ut *Plautus in asin.* neque divini neque mihi humani quicquam accreduas: hoc est, nihil omninò credas. Idem *Plaut. in Mostel.* Apud mensam verecundari neminem decet: nam ibi de divinis & humanis cernitur: id est, de omnibus rebus ibi agitur. Sic cum dicitur Jurisprudentiam esse divinarum & humanarum noticiam, intelligendum est, ad Jurisconsultum pertinere cognitionem omnium rerum quatenus illæ cadunt in societatem civilem. Accursius hæc ita accepit quasi conjuges esse non possint, quin ejusdem sint religionis & fidei, sed refellit eum *Connanus lib. 8 cap. 4.* Canonistæ tamen cum Accursio disparitatem cultus ac religionis retulerunt inter impedimenta matrimonij, quorum sententiam prolixè tuetur *Bellarmi. in lib. de matr. sacramento cap. 23.* Nolite autem existimare ita omnia communicari inter conjuges, ut neuter quicquam proprij retineat. Nam habent conjuges etiam bona propria ac separata V. G. servi, qui fuerant mariti ante matrimonium manent ipsius etiam post contractum matrimonium. Similiterque etiam uxores *l. 1. §. si vir. ff. de senatusconsulto sylaniano.* Hinc fit ut si conjux conjugi aliquid subtrahit, furtum faciat: tametsi enim furti actione conveniri non potest, propter honorem scilicet & reverentiam matrimonij cui parcendum est, ne actio famosa detur: tamen rerum amotarum singulari actione tenetur *l. 1. & 2. D. rerum amotarum*

tarum. Sic crimen expilatæ hæreditatis non poteſt intendi uxori ab hæredibus mariti, etiamſi Uxor aliquid interverterit ex hereditate *l.4.* C. *de crim.expil. hered.* Uxor enim ſocia rei humanæ atque divinæ domus ſuſcipitur, ut pulcrè loquitur *Gordianus d.l.4.* Huc pertinet, quod ſcribit P*lutarchus in præcept. connubialibus*, ideò legislatorem Romanum prohibuiſſe donationem inter conjuges, non ut ne quis ab altero aliquid acciperet, ſed ut omnia inter ſe communia conjuges exiſtimarent. Et de definitione quidem Nuptiarum hactenus, cum qua cōferri velim eam quam tradit Clemens Alexandrinus *lib.2.* Stromat. γάμος ἐστὶ σύνοδος ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἡ πρώτη κατὰ νόμους ἐπὶ γνησίων τέκνων σπορᾷ. Addit Clemens in ſua definitione finem matrimonij, qui eſt Liberorum procreatio. nam ut ait dulciſs. Calliſtratus, Pij parentes liberorum procreandorum animo & voto uxores ducunt. *l.220.§.præter hæc omnia. Deut.5.* Adeoq; hic finis matrimonij, & hoc commune votum parentū piorum etiā ipſis tabulis matrimonialibus exprimi ſolet. Sic enim *Auguſtinus Serm.244.* Tabulæ matrimoniales hoc continent, liberorum procreandorum cauſa. Idemq; & alibi ſæpè repetit: ut *lib.3.contra Iulianum: lib.1. de nuptiis ad Val.Comitem.& lib.14.de* Civit.*Dei.cap. ... Item lib.2.de morib.Manichæorum. Et Serm.96.& Serm.105.de Voc.Apoſt.Pauli,* Vid. plura etiā ex ſecularib. ſcriptoribus collecta ad hanc rem *apud Barn.Briſſonium lib.6.de formulis P.R.pag. 542 edit.Francofurt.* Illa igitur conditio: Si mihi liberos non procreaveris, vitiat matrimonium, ut quæ contraria ſit naturæ matrimonij. *c.ult.extra de condit. appoſit.ubi vid.& Cujac.in Recitationib.* Sequitur alterum caput h.t. quæ ſint neceſſaria ad juſtum matrimonium. Tria autē hic afferuntur ut etiam apud *Vlp.t.5. in frag.* nimirum civitas, ſecundo juſta ætas, tertio conſenſus. Primò requiritur ut contrahentes ſint cives Romani: eſt enim matrimonium juris civilis; ſicut & patria poteſtas & teſtamentum; nec obſtat quod maris & fœminæ conjunctio dicitur deſcendere ex jure naturali *ſup.init.t.2.l.1.§.3.* D. *de juſt.& jure.* Nam non quælibet coniunctio maris & fœminæ ſtatim eſt matrimonium, ſed ea demum, quæ certo modo, & ſecundum legum præcepta facta eſt. Neque valet pro conſequentia talis: hæc res deſcendit ex iure naturali, ergo eſt iuris naturalis: nam ius civile eſt, quod neq, in totum recedit à iure naturali vel gentium: nec per omnia ei ſervit *l.6.*D *de juſt.& jure.* Rurſum non obſtat quod non tantum apud Romanos ſed etiam apud alias gentes, matrimonia fuerint. Dicendum eſt enim primò non fuiſſe talia qualia apud Romanos: neque eorum rationem haberi ullam iure civ. Romanorum. Cum igitur matrim. ſit iuris civilis; hinc ſequitur primum inter ſervos non contrahi nuptias. Sunt enim ſervi expertes iuris civilis *l.32.D. de R.I.* Deinde cum peregrino nō eſſe connubium. Hinc *Sen.4 de benefic.cap.75.* Promiſi tibi filiam in matrimonium: poſtea peregrinus apparuiſti: non eſt mihi cum extraneo connubium, hoc eſt ius legitimi matrimonii. Tertiò deportatione ſolvi matrim. *l.8.& l.14.§.1.D.de capt.& poſtl.reverſis,* quia per deportationē amittitur civitas ut dicetur *inf.ad t.de cap.dim.* nec liberi ſunt iuſti qui à deportato ſuſcepti ſunt *l.17.§.ex facto D.ad SCtum treb.* In perſona tamen Patroni & libertæ hoc ſpeciale eſt, quod matrimonium durat etiam in captivitate patroni, idque propter reverentiam Patroni ut ait *l.45.in fine D.de ritu nupt.*

Alterum

Alterum requisitum est justa ætas. Ea in maribus quidem est 14. annorum: in fœminis 12. Illa enim ætate mares ut plurimum fiunt puberes, & fœminæ viri potentes, seu nubiles, hoc est, quæ virum pati possint, ut ait Jurisconsultus *in l. pen. D. quando dies legatorum*. Ante eam ætatem Virgines dicuntur immaturæ *l. 25. D. de injurijs. l. 32. §. pen. ff. de donat. inter vir. & ux.* Varro vocat acerbas. Olim quidem æstimabatur pubertas illa & viri potentia turpi inspectione corporum; non solum apud Romanos: sed etiam apud Græcos teste Platone, sed hodie solus annorum cursus sufficit de quo *inf. tit. quib. mod. tut. fin. & eleganter Cuiac. ad c. pubertes 3. ext. de despons. impub.* Et de inspectione obstetricum ad hoc instituta, ut exploretur, an aliqua sit virgo, an mulier (quæ sanè lubrica & fallax est) itemque ut videatur: num qua sit prægnans, nec ne, Vide *eund. Cuiac. ext. de frigid. & malef. ad c. pen. Iacob. Ræevard. tamen lib. 4. Var. c. 10. Iustinian.* & Tribonianum erubescendi erroris insimulat, quod affinxerint Romanis impudicam quandam inspectionem & indagationem habitus corporis, quæ nunquam in mentem ipsis venerit, nunquam in usu fuerit. Sed Cassianos vult hoc sensisse, quod is sit pubes dicendus, cujus universa corporis dispositio satis cuivis idonea videri queat ad liberorum procreationem. Porrò cur citius pubescant fœminæ quam mares, exponitur à Macrobio *lib. 1. in somn. scip. cap. 6. & 7. vide eund. 7. Saturnal. c. 7.* Si igitur puella minor 12. annis domum ducta fuerit, non ante intelligetur esse legitima uxor, neque dos, quam 12. annos impleverit *l. 4. ff. de rit. nupt. l. 68. ff. de iur. dot l. 10. ff. de condit. & demonstrat. l. 28. §. pen. ff. de liber. & posth.* Sed sponsalia qua nam ætate contrahi possint explicatur ad *l. 14. ff. de sponsal.* Intelligere autem nos oportet jus civile Roman. non jussisse ut ista ætate matrimonia contrahantur sed potius id permisisse, cujus rei causam reddit Connan. *lib. 8. c. 4.* Potest etiam hæc ratio reddi quia Romani, ut homines bellicosi, studiosissimi fuerint augendæ civitatis, liberorum hominum accessione. Philosophi tamen maturiorem ætatem requirunt in contrahentibus, ut scilicet soboles nasci possit firmior & robustior, cum parum præsidij sit Reip. à civibus imbecillibus, videte Plato *lib. 5. de Rep. in fine*, item *lib. 4. & 5. de ll. Arist. lib. 7. polit. cap. 16. Hesiod. lib. 2. operum & dierum.* Et hæc de ætate illa ante quam jure civili non contrahuntur justæ nuptiæ. Erat etiam olim aliud tempus, post quod matrimonia prohibeantur ut inter fæminam quinquagenaria maiorem, & virum sexagenaria minorem, & contra inter virum maiorem sexagenario, & fæminam minorem quinquagenaria. Inter hos enim lex Iulia & Papia prohibebat matrimonium. idq; ideo quia finis generandi in Maribus ferè est ennus 60. aut ad summum 70. In fæminis 50. *l. si sterilis 21. D. de act. empti. Arist. lib. 5. de generat. animal. cap. 14.* Sed Iustinianus eas leges sustulit *in l. 27. C. h. t.* Est & aliud tempus intra quod matrimonium secundum non recte contrahitur, videlicet in fæmina annuus luctus; nam Vidua priusquam transeat ad secundas nuptias, olim decem menses, hodie per annum integrum debet lugere priorem Maritum. Id nisi faciat, notatur infamia. *l. 1. & l. 15. D. de his qui not. infanica l. 1. & 2. C. de secundis nupt.* Sed hæc pæna remittitur fæminæ per jus canonicum, quo jure (ut & moribus nostris) Mulier citra infamiam iterum nubit etiam intra annum. C. *Eu-*

phemmus

phemus 35.quæst.5.c.pen.& ult.extra de secundis nupt. vide Reform.Noricam tit.28. l.10. ubi distinguitur inter viduam gravidam & non gravidam: ut illa expectet quoad pepererit; hæc dum trimestre elabatur à morte prioris mariti.

Tertiò diximus requiri consensum, & primum quidem ipsorum contrahentium: matrimonium enim inter invitos non contrahitur l.22.D. de rit.nupt. Sed mutua affectio facit matrimonium ut ait Nov. 18. & 22. & quidem affectio maritalis esse debet: qua sola discernitur uxor à concubina: sive ut Paulus ait, solo dilectu. lib.2.sent.tit.20. Furor igitur matrimonium contrahi non permittit, sicut neque sponsalia l.8.D.de Spons.l.16.§.f.D.de Ritu nupt. c. dilectus 24. Ex. de Sponsal. sed contracta tamen non solvit l.8.D.de his qui sunt sui, ut & supra dixi. Et quidem si contrahentes sui juris sint, non est dubium quin contrahere possint suo arbitratu l.7.& l.11.D.de sponsal.l.2.D.de Rit.nupt. etiam sint sub Curatore l.20.D. de ritu nupt.l.8.C.h.t. Excipite puellam Patre orbatam, ad cujus nuptias Matris & propinquorum autoritas & judicium accedere debet: interdum etiam Judicis auctoritas: l.1.l.18.& 20.C.de nupt. Sin autem contrahentes sint in potestate parentum, hoc est patris vel avi paterni, eorum quoque consensus adhibebitur.d.l.2.l.9.16.§.1.D de Rit.nupt. Quod adeò verum est ut ne Miles quidem, filiusf. excipiatur l.35.D.h.t. Deinde sive sint primæ, sive reconciliatæ seu iteratæ nuptiæ, utrisque Parentes consentire oportet l. 18.D.de Ritu nupt l. 7.C. h.t. Recte igitur Tertullian. in lib. ad uxorem: Nam nec in terris filij sine consensu Patrum ritè & jure nubunt. Sed in filij emancipati nuptiis Parentum consensus necessarius non est l.25.D.h.t. Porrò consensus duplex est tam in contrahentibus ipsis, quam in eorum Parentibus; nimirum tacitus vel expressus: & sufficit etiam tacitus Parentum consensus, hoc est, si scientes liberorum nuptias iis non contradicant, vel evidenter ab iis dissentiant d.l.5.C.h.t.& l.12.D.de sponsali l.5.C.h.t. Quòd igitur Imperator hic ait jussum parentum præcedere debere: id non habet hunc sensum, quasi Pater filium cogere possit ad uxorem ducendam: id enim repugnat l.21.D.h.t.& l.12.ac 14.C.eod. Sed hoc vult: consensum Parentum sive ille sit tacitus, sive expressus, interponi debere initio, dum scilicet matrimonium contrahitur. Nam ratihabitio hic non retrotrahitur ad initium, nec comparatur mandato, ut alias solet, vid. Hotom. illustri quæstione 9. Si tamen postea Pater comprobaverit filii nuptias: erunt illæ justæ ex eo tempore quo consensus ad illas accessit. l. 5.C. h.t. Ratio cur parentum consensus sit necessarius duplex redditur: naturalis & civilis, ut hic in princ. Naturalis quidem est pietas & reverentia honor & obsequium jure naturæ debitum parentibus à liberis l.2.D.de just.& jure l.4. D.de curat.furioso l.6.D.de in jus vocando. Sed hæc ratio naturalis sola non sufficit. Nam nec Matris consensus necessarius est, nec Patris, qui emancipavit l.25. D h. t. in quibus tamen illa naturalis ratio adest: civilis ergo accedit, eaque duplex: patria potestas, & jus sui heredis, quod & ipsum pendet ex pat. potestate. nam invito suus hæres agnasceretur, si liceret filio absque consensu Patris ducere. Hoc autem fieri non debet l.12.§.medio. D.de capt.& postl.reversis, ob quam causam etiam adoptio à Patre fieri non potest sine consensu Filii, ut inquam Pater in locum nepotis alium adoptet §.licet vers. sed

si quis inf. de adopt. Sed hic quæritur possint ne Parentes consensum suum denegare liberis, eorumq; nuptias honestas prohibere. Respondet Martianus *l. 19. D.h.t.* Parentes si consentire nolint, cogi posse à Magistratu ut liberos in matrimoniũ collocent, & dotent. Sic filia à Patre qui ipsi conditionem quæsivit, non potest dissentire, nisi Pater sponsum aliquem turpem elegerit. *l.12.§.1.D.de sponsa:* Huc pertinet, quod si filius cogente Patre ducat quam non erat ducturus si esset sui arbitrii, matrimoniũ valet, quia hoc maluisse videtur, quam offendere Patrem *l.22.D.de rit. nupt.* quem Interpretes vulgò metum reverentialẽ vocant. Quid ergo si avus habeat in potestate & filium & nepotem ex eo, cuius hîc consensum exigemus in nuptiis nepotis: an utriusq;, an alterius tantum? Hac de re vide *l.3.& 16.D.de rit.nupt.* Quid si Pater sit captus ab hostibus, ita ut consentire non possit? Et publica utilitas nuptiarum exigit, ut filius uxorem ducere possit *l.12.§.3.D.de capt.* Quid si furiosus sit Pater, cuius nullus est consensus, nulla voluntas, *l.5.& 40.D.de R.I.* Hac de re est *l.25.C.h.t.& l.28.C.de Episc.audientia,* ubi constituitur, ut liberi Patris furiosi, vel dementis, vel mente capti contrahere possint etiam non expectato Parentum consensu: ita tamen ut Parentum locum ac vicem suppleant Magistratus vel Episcopus, & curator furiosi, & nobiliores ex eadem gente, qui dotem constituant, & donationem propter nuptias, sine jactura & detrimento substantiæ Parentum. *d.l.28.C.de episc.audi* Facilius autem olim permittebatur matrimonium filiæ furiosi, quam filii *ut hic & d.l.25.*C.*h t.* Idq; propter hanc diversitatis rationem, quia qui ex filia nascitur non est in potestate avi Materni, ideoq; nec suus heres ipsi fit, sed Patris. Hæc autem omnia in filio eveniunt. Claudius Cantiuc. aliam quoq; rationem reddit, quæ non videtur contemnenda, quia in filiæ pudicitia custodienda maior est difficultas, & matris periculum, cui ut occurratur facilius ipsi permittitur nubere. Eademq; est ratio, cur Pater filiam exheredare non possit, etiamsi illa turpem vitam elegerit, & in corpus suum peccaverit. Dummodo Pater conditionẽ ipsi non quæsiverit intra annum ætatis 25. *Nov.115.* ex qua est aud. *l. sed si post.* C. *de in off. test.* Quæritur hîc, an matrimonium sine consensu Parentum contractũ dirimatur? Et ipso quidem jure Pater videtur illud dirimi posse, *argumento l.1.in fine D.de liberis exhibendis.* Sed tamen respondet *Paulus lib.2.sent.t.19.de nupt.* propter publicam utilitatem & favorem matrimoniorum, id non solvi, *& Ulp.d l.1. vult.* Patri persuadendum esse ne acerbe suam potestatem exerceat, ne bene concordantia matrimonia & liberis forte subnixa dissolvantur. Eodem pertinet quod scribit idem *Paul.lib.5.sent.t.6.de interd.* Bene concordans matrimonium separari à Patre Divus Pius prohibuit: separari, inquam, per Interdictum, de liberis exhibendis. Quæritur amplius an hæc sit justa exhereditationis causa? & verius est, non esse, sed dum demum si liberi ad turpem & infamem personam, utpote ad meretricem, vel ad mimam se adiunxerint: hoc enim casu, quia matrimonium istud ad dedecus totius familiæ pertinet, non tantum filiusf. in potestate sed etiã emancipatus, & nepos ex illo exheredare posset, *arg.d.Nov.115.* in verbis, si libericum turpibus versati fuerint, *& arg.l.3.§.si emanc.D.de bon.poss.contr.tab.* Vide *Cuiac.lib.3.obs.cap.5.& Phil.Dec.ad l.nupt.D. de R. I.* Carolus V. Imp. edicto statuit

tuit, ut qui sine parentum suorum consensu matrimonium contraxerint, ij nihil sibi invicé quoquo modo relinquere vel donare possint, etiamsi post cõsummatum matrimoniũ impetrarent eorũ consensum. Cuius occasione constitutionis quæsitum est, an eadé comprehendantur etiam illi qui post sponsalia tantũ invitis parentibus contracta, consensum eorũ impetrarunt. Et hanc quæstioné eleganter Pete Pechius in utramq; partem disputans. 1. *De testamentis conjug. c. c.* concludit tandé, non cõprehendi. In statutis Noricis pæna clandestinorũ matrimoniorũ neglecti consensus parentũ hæc est, ut liberi parétes suos quam diu vivunt non possint convenire aut cogere ad præstandá dotem vel donationé propter nuptias. Deinde ut parentes in testamento suo possint liberos ob hanc inobedientiá exhæredare usq; ad legitimá. Et hæc de cõsensu Parentũ ex jure civili Jus Canon. hac in re parum sibi constare videtur. Nam interdũ requirit consensum Parentũ *in c.1.& 3.30 q.5.& c. honorantur caus.32.q.2.* Interdũ a. vult eum nõ esse necessariũ, ut *c. sufficiat 27.q.2.c.6.ex. de raptorib.* Tandé obtinuit ex gl juris Canon. consensum requiri de honestate, & non de necessitate, quá sententiá probat etiam Decius *ad d.l. nuptias* D. *de R. I.* Sed gravissime illam exagitet *Hottom. in illust. quæst.9.* tanquam contrariam omniũ gentium institutis & exemplis, adeoq; ipsi legi diuinæ: Connan. quoq; eandem deplorat *lib.1.& lib.8.c.4. in fine*, ut & *Ioan. Oldend. class.4. act.26. in defensione rei conventi.* Præclare quoq; de hac re disserit civis noster D*aniel Moller. lib.1. semestr. cap.47.* ad qué brevitatis & honoris causa remisisse sufficiat. Et de levibus adolescentũ pollicitationibus nuptiarũ extat elegans consiliũ Hotom. quod est in ordine CVIII. Et hæc de requisitis tribus, quæ in textu afferuntur, præter quæ sunt etiam alia aliunde petenda, & diximus sup. in deductione in domũ mariti, tanquá matrimonii domiciliũ. Nostris moribus recepta est etiam publica testatio & benedictio coram Ecclesia, de qua Hottom. disputat *illustri quæst. 25.* imò etiam Ignatius antiquissimus scriptor *Epist.8.* ostendit hunc morem jam olim inter Christianos usitatũ fuisse, eiusdemq; meminit etiam *Harmonopulus lib.4.l.4.* Pompa tamen & celebritas nuptiarũ sine vitio omitti posse dicitur *in l.22. C. h.t.* Observandum est auté inter requisita justarũ nuptiarũ non esse doté, neq; dotalia instruméta, seu tabulas matrimoniales *l.31. in fin. de repud.* Nã ut pompa & celebritas, ita & hæc sine vitio omitti possunt.

Ad §. ergo non omnes.

Sequitur ut videamus quænam sint nuptiæ prohibitæ; ita enim intelligemus quæ sint permissæ ac licitæ. Nuptiæ prohibitæ duplices sunt, aut enim incestæ ac nefariæ, aut simpliciter prohibitæ & inutiles sunt. Pro eodé auté accipimus hæc duo, nefarias & incestas nuptias inter quæ nonnulli distinguunt *contra h.t.& cõtra Nov.12.* Incestæ nuptiæ, sive incestũ rursus duplex est; vel juris gentiũ, vel juris civilis. Juris gentium incestum est, quod cõmittitur ab ascendentibus & descendentibus in linea recta, Juris civilis quod vel legibus vel moribus prohibetur, ut inter fratré & sororé *l.8.l.39.& ult.D.h.t.l.ult.D. de condictione sine causa l.35.§.1.D. de verb. oblig. l.38.§.2.D. ad l. jul. de adul.* Est aũt inter has duas species memorabilis hæc differentia quod à pæna incesti contra jus civile commissi excusat mulieré ignorantia Juris, sed à pæna incesti contra jus gentium non excusat *l.57. D.h.t. juncta l.38.D.d. adult. Paulus lib.2. sent. h.t.*

Differentiæ ratio est, quia ignorantia juris gentium sive naturæ est nimis crassa & supina: sed ignorantia juris civilis facilius condonatur mulieribus. Priusquam autem aliquot regulas prohibitorias tradamus, quarum prima erit inter ascendentes & descendentes, in linea directa, altera in linea transversa seu collaterali, præmuniendum est, duas esse lineas sive duos ordines in cognationibus: prima est linea recta, eaque duplex: ascendentium & descendentium: secunda est linea transversa, eorum, qui à latere veniunt & nobis conjunguntur. Hæc item duplex est: æqualis, vel inæqualis, Sed hac de re plura dicam *inf. ad t. de gradibus.* Primùm ergo nuptiæ prohibentur inter eos, qui in numero Parentum & liberorum sunt, cuiuscunque sint gradus usque in infinitum, *ut hic, & in l. 53. D. h. t. Idem ait Vlp t. 5. & Paulus lib. 2. sententiarum t. de nupt.* Sunt autem Parentum, liberorumque loco vel numero primum Parentes propriè dicti in linea directa, ut Pater, Mater, avus, avia, proavus, proavia. Secundò ex linea transversa aliquot personæ, ut patruus, amita, avunculus, matertera, *de quibus infra §. fratris verò, & §. item amitam.* Tertiò etiam affines aliquot, ut vitricus, privigna, noverca, privignus, socer, nurus, socrus gener, &c. *de quibus in §. affinitatis infra h. t. l. ult. D. de condict. sine causa. l. 17. C. h. t.* Porrò Parentes & liberos hic intelligite tam adoptivos, quàm naturales, *ut hic verf. & hæc adeo & l. 14 in princ. l. 55.* D *eodem.* Deinde tam ex justis nuptiis. quàm injustis conjunctio *d. l. 14. & l. 54.* D. *h. t.* Tertiò tam servos, quàm liberos homines *§. illud certum infra h. t. d l. 14. §. serviles.* D. *h. t. l. 10. §. 5* D. *de grad.* Denique tam durante potestate, quàm illa sublata per emancipationem. Ratio horum omnium est, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor ac honestas inspicienda sunt. *d. l. 14. §. unde & l. 42.* D. *de rit. nupt.* Plato reddebat hanc rationem *in lib. 4. de ll.* quia ex conjunctione dissimilium ætatum partus nascantur nimis imbecilles. Alii hanc etiam attulerunt, quia si permittamus matrimonium inter ascendentes & descendentes, sequeretur maxima confusio vocabulorum cognationis: quod & *Ovidius innuit lib. 10. metam. & Harmenopulus lib. 4. t. 6.* Et hanc rationem attingit *B. August. qui citatur in c. 1. 35. quæst.* 1. Canonistæ quidam ideo potissimum prohiberi aiût matrimonia inter consanguineos, ne concupiscentiæ ardor, qui per se satis inter conjuges accensus est, consanguinitatis accessione magis etiam accensus in immensum exardescat. Sed hæ rationes nimis leves sunt. Ipsa natura tacito quodam sensu abhorret à commixtione Parentum & Liberorum: quod etiam in brutis quibusdam apparet, *teste Iustiniano in Nov. 12.* De camelis enim scribunt, eos nunquam ascendere Matrem. *Arist. lib. 9. histor. anim. cap. 47. Et Ælianus lib. 5. de castitate equorum* præclara extat narratio *apud Oppianum lib. 1. de Venatione. Et Socrat. apud Xenoph. lib. 3. memor.* ait, hanc legem à Deo ipso in natura impressam esse, ut neque Parentes cum liberis, neque cum Parentibus liberi commisceantur. Unde *eleganter Ovid. d lib 10. ait,* concubitu vetito naturæ fœdus pollui Hinc Imper. Claudius (*ut est apud Suet. in eius vita cap. 15.*) Mulierem Juveni, quem pro filio agnoscere volebat, nubere jussit, dirimendę controversię causa, cum dubia esset utrinque argumentorum fides. Tanta ei fiducia fuit de naturali pudore & honestate. Reperiuntur tamen exempla quædam nefariæ hujus conjun-

coniunctionis, quæ annotavit *Tiraq. in 7. l. connubiali, num. 32. Et ab Alex. lib. 1. genialium dierum cap.* 24. Dixi etiam inter adoptivos Parentes & liberos coniunctionem prohiberi: intelligite sive adoptio duret, sive dissoluta sit per emancipationem *ut hic vers. in tantum & d. l. 14. D. h. t.* sed obstat quod filius adoptivus post emancipationem intelligitur extraneus *l. 55.* D. *h. t.* & quod ait *Papin. l. 13.* D. *de adopt.* In omni fere jure finita potestate Patris adoptivi nullum ex pristino retineri vestigium, *argumento §. ult. infra de legit. agnat. tut.* Respondeo in nuptiis non spectatur jus civile, sed naturalis pudor & honestas, *ut supr. dixi* ea vero non permittit, ut fæmina, quæ antea aliquando fuit filia vel Mater, vel nurus, postea fiat uxor. Hinc post emancipationem notanda est differentia inter patrem & Matrem ac liberos, & inter fratres ac sorores adoptivos, itemque inter cognatos vel cognatas Patris adoptivi, inter hos enim licitum est matrimonium *l. 12. in fine & d. l. 55. D. de ritu nupt.* Inter illos verò non est licitum ut modo dixi, Et hoc est quod Paulus ait in sent: Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omni-modo, hoc est, non solum durante, sed etiam dissoluta adoptione: Inter fratres eatenus, quatenus non intervenit capitis minutio, id est, tamdiu solummodo, quamdiu durat adoptio, nec per emancipationem, quæ est minima capitis diminutio, dissoluta est, *vide & l. 9 §. ult. D. de lib. & posth. & l. 17. D. h. t. & l. 35. §. 1.* D. *de verborum oblig.* Ubi causa prohibitionis in sorore adoptiva negatur esse perpetua.

Ad §. inter eas quoque.

Prima regula fuit perpetua. Nam inter ascendentes & descendentes in linea directa coniunctio prohibetur in infinitum. In gradu autem sive ordine transverso, quia prohibitio non est perpetua neque extenditur in infinitum, idcirco res hic non potest comprehedi una & perpetua regula, itaque personæ aliquod prohibitæ singulatim recensentur. Primum prohibentur nuptiæ inter fratrem & sororem, *ut hic vers. sane enim & l. 17. C. de nupt. l. 35. §. 1. D. de verb. oblig.* sive ex justis nuptiis procreati sint, sive vulgo quæsiti, vel in servitute nati *l. 8. & l. 54. D. h. t.* sive naturales sivè adoptiui manente scilicet adoptione; nam ea dissoluta matrimonio coniungi possunt, ut hic vers. sed si qua, & *l. 17. D. eod. & dixi sup. ad §. præced.* Hinc fit ut nemo generum suum adoptare possit, nisi prius filiam emancipaverit: nec nurum suam, nisi filium. Alioqui enim futurum est, ut frater in matrimonio habeat Sororem, *ut hic & d. l. 17. §. itaque D. h. t. l. 67. §. 3. eod. t.* Ratio prohibitionis posita est in arctissima coniunctione, quæ & fratrem & sororem inter se facit quasi eandem personam esse. Deinde quia hîc quoque magna sequeretur confusio vocabulorum cognationis: & denique quia utilius est Reip. ut inter cives amplificetur amicitia, ac necessitudo, quod fit per matrimonia, quàm ut intra paucos consistat. Quæ ratio redditur etiam à *B. Ambrosio Epistola 66. & à B. August. lib. 15. de civit. Dei cap. 16.* Qui allegatur *in c. 1. 35. quæst. 1.* & laudatur à *Bellarmino lib. de matr sacramento cap. 29.* Sed apud multas gentes matrimonia fratrum & sororum permissa fuerunt, ut apud

Persas, Ægyptios, Athenienses, Spartanos, & alios, ut prolixe docet *Tiraq. in legibus Connubial. Apud Homer. lib. 10. odyss.* Sex fratres filij Aeoli totidem sorores suas duxisse perhibentur: & Rex Ægyptiorum Ptolomæus Philadelphus sororem Bernicen duxit, quod ipsius factum *Theocritus Poeta Idyllio 16.* defendit exemplo Jovis. Item Ptol. Physcon. Cleopatram sororem duxit, ex qua susceptum Menophilum occidit postea, *teste Val. Max. lib. 9. cap. 2.* Etsi autem hæc prohibitio est civilis, & incestum hoc contra jus civile committitur: tamen posteaquam lege & moribus ea introducta est, ita abhorremus à commixtione cum fratribus & Sororibus, ut ne quidem libidine ulla unquam titillemur, aut cogitatione ejus sollicitemur, quasi à natura ipsa hoc esset prohibitum: nisi si quem forte agitent Furiæ, ut præclarè differit *Simplicius in enchyri: Epicteti.* Sic Imperatores Theodosius & Honorius *l. 19. C. de episc. & Cler. aiunt* in Matre, filia, & sorore, nihil sævi criminis existimari permittit fœdus naturale.

Ad §. Fratris vero.

Deinde prohibentur nuptiæ inter Patruum & fratris filiam, & neptem & proneptem: item inter avunculum & sororis filiam & neptem ac proneptem, ut *hic vers. fratris vero, & l. 39. & 57. §. 1. D. ritu nupt. l. C. de nupt. l. ult. C. de incestis nupt. l. 11. §. 1. & l. 38. §. 1. D. ad l. Iul. de adult.* ac ne quidem in concubinatu has personas habere possumus, sine incesti crimine *l. 56. D. h. t.* Ratio est, quia hic quoque patruus & avunculus sunt Parentum loco, nam patruus sic dictus est quasi alter Pater, & avunculus, quasi alter avus. Et memorabile est quod observavit *Simplicius in Epict.* Fratres Parentum ideo à Græcis appellatos esse θεῖος quasi dicas divinos, ut hoc ipso nomine ostenderet quo loco Parentes à liberis habendi sint, nimirum loco Dei. Porrò etsi hodie hæc matrimonia indistinctè prohibentur sive sit fratris filia sive sororis: tamen olim licebat patruo fratris filiam ducere: avunculus tantum cum sororis filia copulari prohibebatur, ut videre est *apud Vlp. t. 5. in frag. & apud Paulum in sent. lib. 2. & in constitutione Imperat. Diocletiani & Maximiani quæ extat in frag: veterum Iurisconsultorum t. 6 Vide* Cuiac: *lib. 16. obser. cap. 37.* Ratio differentiæ erat, cur inquam Fratris filiam liceat ducere, sororis non item, quia maior conjunctio esse videtur inter sororis filiam & avunculum, quam inter fratris filiam & Patruum. Introductum est autem hoc discrimen ab Imper: Claudio per SC. *teste Tacito lib. 12. annalium, & Suet. in Claudio cap. 26.* & ita observatum est usque ad Christianos Imperatores, qui ut dictum est, indistinctè prohibuerunt talia matrimonia, ideoque *Tribonianus in d. l. 17.* C. *h. t.* interiecit fratris filiam; quæ verba non extant in ipsa constitutione, ut illa scripta est à Dioclet. & Maximiano, videte *& l. ult.* C. *de incest. nupt. & l. 2. C. si nup. ex rescrip. petantur.* Vbi tales nupt. nefandissimum scelus appellantur. Antiquissimis autem temporibus Romæ hæc matrimonia erant licita etiam inter avunculum & sororis filiam, ut apparet *ex historia Servij Tullij, apud* Dionys. *lib.* sicut & apud Græcos aliasque

nationes

nationes solennia nullaque lege prohibita fuere, *teste Claudio apud Tacit. d. lib.* 12. Sic reperio Speusippum Philosophum Platonis ex sorore nepotem duxisse sororis suæ filiam, *ut est apud Plat. in Epistola ad Dionys.* Sed Laertius scribit ipsum φθειριάσει consumptum esse. Dixi ne quidem neptem aut proneptem Fratris vel sororis nos ducere posse, Ratio est quia etiam his Parentum loco sumus *l.39.D.h.t.* Non obstat igitur quod patruus magnus, & avunculus magnus sunt in 4. gradu coniuncti, Fratris & sororis nepti, *ut hic.* De pronepte est etiam hæc ratio, quia ipsa ætatis conditio prohibet nuptias, *teste Paulo dicto loco in sent.lib. 2.* Justiniani autem nostri ratio non est perpetua, ut, ecce amitam meam, hoc est avi mei filiam ducere non possum, est enim Matris loco ut mox dicetur, tamen ejus neptem, quæ mihi est consobrina ducere possum, ut *est in §. duorum infra h.t.* Sororis autem adoptivæ filiam, & multo magis neptem ac proneptem ducere possumus, *ut hic vers. ejus verò mulieris & l.12.§. ult. D.h.t.* Nam adoptio non affert jus sanguinis sive cognationem naturalem *l.23.D.de adop.* & avunculus nemo fit per adoptionem, *d.l.12.§.ult.* Nec obstat quod sororem adoptivam ducere prohibemur, ut *sup.* dixi. Nam soror per adoptionem fit mihi agnata, Ergo etiam cognata nimirum civiliter, ejus filia non fit mihi agnata, Ergo neque cognata. Et hoc est quod Imperator ait: neque naturali neque civili jure coniungi. Hæc pluribus explicabuntur *infr. ad t seq.*

Ad §. Duorum autem.

Præterea Consobrini conjungi possunt. Consobrini generaliter sed improprie appellantur omnes, qui ex fratribus & sororibus nati sunt *l. 19.* C. *h. t.* sed proprie qui ex duabus sororibus nati sunt consobrini: sicut nati ex duobus fratribus propriè dicuntur fratres & sorores patrueles: fratris vero & sororis liberi appellantur amitini, & alijs nominibus § 4. *gradu I. de gradibus cognà.* Legendum autem hic est coniungi possunt: remota scilicet negatione, quæ in quibusdam libris, & *apud Theophilum* quoque habetur. Etsi enim aliquando prohibita fuerunt Consobrinorum matrimonia, ut à Theodosio Maiore, ità quidem, ut per rescriptum tamen liceret impetrare veniam, *teste Aurelio Victore historico in vita Theod. & Ambro. in Epistola 66.* ejusque filijs Arcadio & Honorio lege manente *C. Theod. de incest. nupt. ex qua sumpta est l. 6.C. Iustiniano de incest. nup.* Postea tamen eadem iterum permissa sunt ab ijsdem, abrogata Patris sui sanctione, quam prius comprobarat *d.l.19.C.h.t.* & quam *Cassiodorus testatur lib.7. variar. formular.* etiam apud Gottos receptam fuisse. Justiniani igitur ætate matrimonia consobrinorum permissa fuerunt *d. l. 19.* Ita non reprobatur conditio ad scripta legato siue commisso, quod patruus reliquit filiæ fratris sui si ejus filio, id est, consobrino suo nupsisset *l. 4.* C. *de condit. insert.* licet mortuo filio priusquam matrimonium cum eo contraheretur, legatum nulla ratione debeatur, tanquam scilicet deficiente conditione. Sic & *l.2.* C. *de instit. & substit.* ubi non est turpis hæc conditio, si Mater in testamento ita scripserit: filia mea heres esto, si consobrina suo nupserit, si esset turpis vel contra bonos mores ista conditio, haberetur pro non scripta & remitteretur filiæ *l. 9.* D. *de condit. instit.* sicut & impossibilis conditio *l. 3. & 6. D. de condit. instit. & l. 16. D.*

iniust. rupt. Consobrinorum mentio fit etiam *in l. 3. & D. h. t. & l. 23. 24. D. de condit. instit.* Lege quoque divina permissa fuerunt hæc matrimonia: quorum exempla plurima ex historia sacra hic affert Wesenbec. Unde & *S. Athanasius in Synopsi Sacræ Scripturæ* scribit *in lib. Numer.* ubi de liberis Salpaad. καὶ ἐκ τῆς προφάσεως αὐτῶν γίνεται πρόσταγμα κυρίου καὶ νόμος, νόμιμον εἶναι γάμον τὴν πρὸς ἀνεψιοὺς συζυγίαν. Illarum, inquit occasione mandatum Domini datur, & Lex ponitur, qua pro legitimis decernuntur cum consobrinis inita conjugia. Hanc Athanasii auctoritatem opponere possumus Ambrosio, qui contrarium sentit, & persuasit etiam Theodosio suo ut prohiberet. Vide *Alber. Gentil. lib. 5. de nupt. c.* 11. Sed mox post tempora Justiniani iterum prohibita fuerunt tam in oriente, per Imperatores Græcos, quam in occidente per Pontifices Romanos. De Græcorum constitutionibus videre potestis Harmenop. & volumen Iuris orientalis editum ab Enimundo Bonefidio. De Pontificum jure, quod moribus nostris passim observatur videte *c. 8. § prohibitio extra de consanguin. & affinitate.* Postremò totam historiam & processum juris divini atque humani circa nuptias consobrinorum & consobrinorum vel interdicendas, vel permittendas, diligentissimè descripsit *Anton. Contius lib. 2. subsec. lect. cap. 1.* quem omnino videte.

Ad vers. item amitam.

Denique ex linea transversa seu collaterali prohibentur matrimonia inter amitam & fratris filium, item inter materteram & sororis filium, præterea inter amitam magnam, & fratris nepotem, & inter materteram magnam, & sororis nepotem ut hic & *l. 17. vers. amitam quoque D. h. t.* Ratio est, quia hæ personæ etiam loco parentum & liberorum sibi invicem sunt. Non obstat igitur quod amita magna & matertera magna 4. sint gradu *d. l. 17.* Noc interest utrum naturalis sit amita & amita magna, an sit adoptiva, ut *hic & d. l. 17.* Quæret aliquis, quid juris sit de matertera adoptiva? ℞. Matertera non fit per adoptionem, sicut nec avunculus, ut supra dictum.

Ad §. affinitatis quoque.

Adhuc exposuimus duas regulas de personis prohibitis ratione cognationis, vel consanguinitatis. Sequitur 3. de personis prohibitis ratione affinitatis. Tametsi enim affinitatis gradus nulli sunt *l. 4. § gradus D. de gradibus.* Et affinitatis ratione nulla datur successio *l. 5. & 7. C. communia de success.* tamen affinitatis quoque veneratione, quædam personæ matrimonio coniungi non possunt. Est autem affinitas nihil aliud, quàm propinquitas personarum per nuptias nobis conciliata extra cognationem. Ita definit Theoph. hic, eamque definitionem laudat Basil. Patriarcha Thessalo: *in lib. 3. iuris orientalis.* Sed ut plena sit definitio addendum est, vel per sponsalia: Affines ergo sunt cognati viri ut uxoris, vel etiam Sponsi & Sponsæ interdum *l. 4. §. 3. D. de grad.* Jure, inquam, nostro cognati Uxoris marito tantum fiunt affines, & contra cognati mariti, uxori tantum: non autem inter sese, Nam quod moribus nostris vulgò etiam inter se salutant affines, id fit per abusionem quandam *d. l. 4. §. affines.* De affinibus ergò sic

ſic comprehendendum eſt. Prohibitæ ſunt nuptiæ inter privignam & vitricum, inter novercam & privignum: inter ſocrum & generum, inter vitricum & privigni uxorem, inter novercam & privignæ maritum: inter ſponſam filii & patrem: inter ſponſam Patris, & filium; inter uxoris meæ filiam ex alio matrimonio, & me, *ut hic & l.12.§.1. & ſeq.l.14.15.17.D.h.t.l.17.C.eod.l.ult.D.de condictione ſine cauſa Caius lib.1.inſt.t.4.* Quid autem ſignificent hæc nomina & vulgo notum eſt, ut docetur *in l.4.& l.10.D. de grad.& l.14.§.nunc videamus D. h. t.* Ratio prohibitionis huius eſt facilis, quia & hæ perſonæ ſibi invicem loco Parentũ & liberorum ſunt, *ut & l.4.§.hos itaq; D. de grad.* Reliqui ergò affines, qui hic non enumerantur matrimonium contrahere poſſunt, excepta vidua fratris *l. 5. l. penult. & ult.C. de inceſt.nupt.* Ratio quia ſororis loco eſt, nec intereſt, an frater defunctus illam cognoverit, nec ne: item an liberos habeat, an nullos. Lege autem Moſaica eam ducere licebat fratri, non tamen aliter, quam ſi frater deceſſiſſet ſine liberis: idq; propter conſervationem familiæ *Deut.25.& Math.19.* Sed ſi liberos reliquiſſet frater, prohibitæ erant nuptiæ *Levi.c.18.* Ideoq; legimus Archelaum reprehenſum fuiſſe, quod fratris ſui Alexandri viduam duxiſſet, *teſte Ioſeph.l.17.antiq.c.15.* Deinde excipitur etiam ſoror uxoris *d.l.5.& l.ult. C.de inceſt. nupt. Caius lib.1.t.4.* Quæritur de Sponſa fratris defuncti, itemq; de ſorore ſponſæ, an eos ducere liceat, etſi autem nunquam id prohibetur, jam proinde videri poteſt permiſſum; tamen ſunt, qui putent honeſtius facturum, qui ab illorũ nuptiis abſtinuerit. Quæritur etiam de uxore Patrui, & uxore avunculi? Et Romano quidem jure nunquam matrimonia iſtarum prohibita fuerunt. Deus tamen ea prohibuit. *Levit.*18. Ideoq; melius etiam fuerit hodie ab his abſtinere, videntur enim nobis eſſe illa quidem loco amitæ, hæc verò loco materteræ. Poſtremò obſervanda ſunt tria genera affinitatis in jure Canonico, diligenter explicata à *Jac. Cuiac. ad rubricam ex. de conſanguinit.& affinit.*

Ad §. duas uxores eodem tempore.

Hic locus de πολυγαμία notandus eſt, de qua integri extant tractatus doctiſſ. virorum. Cum autem Imperator dicat eodem tempore: ex eo intelligimus ſucceſſivè nemini eſſe prohibitum plures ducere uxores, excepto, quod jure canonico bigami non admittuntur ad ſacros ordines, de quo Bellarm. *in lib.de matri. ſacramentum c.19.* Apud Judæos permiſſa fuit polygamia ut & apud Perſas, ſicut & Athenienſes, ut Socratem & Euripid. legimus uno tempore binas habuiſſe uxores, vid. *Alex.lib.1.c.24.* Et *Iod.Dambaud. in praxi rer.crim. c.59.n.122. & ſeq.* Sic de Numidis & Mauris ſcribit Salluſt. Jugurth. apud eos neceſſitudinem nuptiarum levem duci: quorum ſinguli pro opibus, quisq; quam plurimas uxores, denas alii, alii plures habeant: ſed reges eo amplius. Ita animus multitudine diſtrahitur: nullam pro ſocia obtinet: pariter omnes viles ſunt. Quam conſuetudinem Turcæ hodie uſurpare dicuntur, & ſimilia de Perſis ſcribit *Ammian.lib.23.* Contra de incolis regni Chinæ ſcribitur, apud eos plures viros unam habere uxorem, cum qua per vices conſueſcant. Ac putat Baro nõ magnopere abhorrere à ratione naturali, ut duæ apud unum maritum ſint nuptæ, ſed ut una pluribus ſit nupta, hoc & liberorum procreationi officere, & ex diametro pugnare cum

recta ratione. In quam sentent. scripsit aliquid. *B. August. in lib. de bono coniug. c.17.* Quibus etiam hoc accedere potest, quod facilius unus imperat pluribus, quam unus paret diversis. Maritus autem habet imperium in uxorem ut elegãter docet *Bodin. lib.1. de Rep. c.3.* Et Martial. huc alludit cum ait. Uxor vade foras, vel moribus utere nostris. Sed jure Rom. duas uxores habens infamia notatur; sicut & is qui bina sponsalia eodem tempore constituta habet *l. 1. D.* de his qui notantur infam. *l.18.C. de adult. l.2.C. de incest. nupt.* Ubi etiam insuper pœna Judicis arbitraria afficitur. Recte igitur *B. August. in lib. de bono coniugal.* Nostris temporibus ac more Romano uxorem super ducere non licet, ut amplius habeat quam unam vivam. Imo ne quidem concubinam habere licet eo tempore, quo quis uxorem habet *l.1.C. de concub. Paulus lib. 2. t. 20.* neque Judæis licet in diversa uno tempore coniugia convenire. *l.7. nemo. C. de Iuda.* Carolus Quintus pœnam gladii huic crimini proposuit *in ordinatione criminali c. 21.* Plura de polygamia vide apud *Conna. lib.8. c.6. & apud Theodorum Bezam.*

Ad vers. Mariti tamen filius.

Inter privignos sive comprivignos nuptiæ contrahi possunt *ut hic & l. 34. §. inter* D. *de ritu nupt.* Exemplum huius rei est in *l.134.* D. *de verb. oblig.* Nam cum inter hos nulla sit neq; consanguinitas, neq; affinitas, nihil est, quod impediat nuptias, Idq́; adeo verum est, ut nihil obstet, etiamsi communem habeant fratrẽ vel sororem, ex novo matrimonio parentum suorum susceptum, *ut hic & d. §. inter.* Quo tamen casu maior esse poterat dubitandi ratio.

Ad §. illud certum est.

Quanquam leges servorum coniunctionem non dignentur nomine Nuptiarum, sed appellent contubernium, & consortium ut supra dixi: tamen etiam in servorum coniunctione habetur ratio cognationis: neq; solum durante servitute, sed etiam post manumissionem, cum tamen manumissus fiat novus homo ut *hic & l.14. §.1. D. de ritu nupt.* Nam juris naturæ participes sunt etiam servi *l. 32.* D. *de R.I.* In nuptiis autem inspicitur naturalis pudor & honestus ut sup. dixi *ex l.14. §.1. D. h.t.* Diversum est in hereditatibus sive successionibus, in quibus nulla habetur ratio servilis cognationis *§. illud certum inf. de grad: b. l. 1. §. filio D. ad SCtum Tertull.* Nam in successionibus spectatur subtilitas juris civilis, quod in servos non cadit *d.l.32.* Et hoc est, quod ait Paulus *in l.10. §. nõ parcimus.* D. *de grad.* Ad leges serviles cognationes pertinent, ad leges, id est, ad jus civile, ex quõ sunt successiones & hereditates. Huc pertinet quod scribit *idem Paulus lib.4. t.10.* Neq; servos neq; libertos matrem civilem habere intelligi: Matrem civilẽ hoc est, cui succedant, vel, quæ ipsis succedat ex SCto Tertul. aut Orfic *& Ulp. t.12. penul.* Libertinum Patri nullo modo heredem existere posse ait, quia nec Patrem habuisse videatur, servilem enim cognationem nullam esse intellige, quo ad jus civile, ex quo pendent successiones, sic idem *Ulp. in l.1. § 2. D. unde cognati.* Pertinet hæc lex, inquit, ad cognationes non serviles. Nec enim facile ulla servilis videtur cognatio. Sunt & aliæ personæ prohibitæ, quas Imperator hic significat,

eas q;

easq; hic commemorat *Accurs. in gl.* V. G. Inter Tutorem & Curatorem eiusq; filium ac nepotem ac pupillam prohibitum est matrimonium per SCtum sive orationem D. Martii *l.36.& 59.l.60.62.63.64.66.& seq.D.de ritu nupt.l.5.D.de sponsal.t.t.C.de interdicto matrim. inter pupil.& tutor.seu curat.filiosq; eorum.* Quod si Tutor vel ipse ducat, vel filio suo aut nepoti nuptã collocet pupillã suam, notatur infamia *d.l.66.& l.4.C.de excusat.Tut.* Deinde punitur etiã hac ratione, quod ex testamento pupillæ, quam duxit nihil capere possit. Ipsa tamen ex Tutoris testamento sibi acquirere potest. *l.ult.D.de legat.1.* Ratio SCti redditur *in d.l.64.& l.67.* ne scilicet pupilla circumscribatur in re familiari ab illis, qui rationes gestæ tutelæ reddere compelluntur, vel ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur. Sic inter susceptorem & susceptam Justinianus prohibuit nuptias *l.26.C. h.t.* Idq; ideo, quia ibi inducatur paterna affectio: unde etiam vulgò hanc necessitudinẽ vocamus compaternitatem. Canonistæ volunt ex hac susceptione nasci cognationem spiritualem, non tantum inter suscipientem & susceptam personã; sed etiam inter propinquos earum: & huius cognationis constituerunt aliquot gradus, sicut & affinitatis vide *t.t.extra de cognatione spirit.& 30.quæst.3.& 4.* Vide & Jus Orientale, & leges Longobard. *l.5.de prohib.nupt.lib.2.* Censemus atque præcipimus (inquit Rex Luidbrandus) ut nullus præsumat commatrem suam ducere uxorẽ: sed nec filiam, quam de sacro fonte levaverit: neq; filius eius præsumat filiam illius uxorẽ ducere, qui eum de fonte suscepit, quia spirituales germani noscuntur: Et qui hoc malum facere tentaverit, perdat omnem substantiã suam. Et filii, qui de tali illicito matrimonio nascuntur heredes esse non debent, &c. Præterea mandatis Principum interdictum est matrimon. inter eum, qui officium administrat in provincia, eiusq; filium & fæminam provincialem *l.38.& 57.63.& 65.D h.t.& t.t. C. si quacunque præditus potestate vel ad eum pertinentis, &c.* Idque ideo quia ratio potentatus prohibet nuptias, ut ait *d.l.63.* hoc est. Mulier provincialis videtur coacta nubere, Matrimonia vero debent esse libera *l.14.C. h.t.l.134.D.de verb.obl.* Amplius etiam inter Senatorem & libertã vel aliam humilem fæminam non erat connubium. Vetabat enim l. Julia & Papia quasi hac coniunctione pollueretur dignitas senatoria *l.44.& l.58.* D. *h.t.l.28. C. eod.* Sed hodie hoc permissum est *ex Nov.78.* dummodo dotalia instrumenta conficiãtur. Postremò an Sacerdotibus & clericis permittendum sit matrimonium, & an unũ tantùm an verò & secundum, prolixior est quæstio quàm pro instituto nostro, *vide l.19.cum 2.seq.*C.*de Episc.& Cler.* Item *Connanum lib.8.c.7.* item *in jure canonico t. de bigamis non ord.& N. 22 c.9.* Qua de in Sacris nostris lectionibus egimus.

Ad §. Si adversus ea.

Exposuimus quæ sint nuptiæ prohibitæ & iniustæ. Sequitur videre de earũ pœnis, quod erat 4. caput initio à nobis propositum. Sed hic ante omnia distinguere oportet nuptias incestas, ab aliis quæ simpliciter sunt iniustæ. Illarum enim gravior est pœna, quam harum. Et olim quidem pœna incesti erat supplicium ignis, ut videre est ex *l. manente C. Theod. de ince. nupt.* Justinianus quoque passim in Nov. gravissimas pænas huic crimini proposuit, ut cõfiscationem omnium

omnium bonorum & deportationẽ & fustium castigationem. *Nov.12. unde sumpta est auth.incestas nup.*C.*de ince. nup. Nov.89. unde sumpta est auth. ex complexu* C.*eod.t.*Vide etiam *Nov.117.134.154.139.& l.6.cum duabus auth.seq.*C.*de ince.nup.* A pænis tamen incesti Mulierem excusat ignorantia Juris, ut & sup. dixi. Sunt etiam suæ quædam secundarum nupt. pænæ, præsertim in fæminis iterum nubentibus intra annum luctus, qua de re *vide t.*C.*de secundis nupt.* Sed consideremus pænas hic expressas. Primum ergò in nupt. prohibitis nec vir nec uxor intelligitur, hæc enim sunt dignitatis vocabula, unde *Vlp. ait in l. 49. §. parvi D. de legatis* 3. uxorem à concubina differre dignitate, & Papin. *l.16. §. de his quibus ut indignis.* scribit Uxorem pleno honore d ligi. Et Paulus *lib. 2. sent. t. 20.* concubina, inquit, ab uxore solo dilectu separatur, & Imperator filius verus apud Spartianum inquit: Uxor dignitatis nomen est, non voluptatis. II. Nec nuptiæ, nec matrimonium esse intelliguntur. Paria enim hæc sunt in jure, aliquid plane nullum esse, sive non factum, & non recte factum *l.6.* D. *qui satisdare cogi l.2.D. de author. Tutorum.* III. Dos & donatio propter nuptias hic nulla est, *ut hic,& l.52.D.de Ritu nupt.* Nam dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia quæ consistere non possunt, ut ait *Vlp.in l.3.D.de jure dot. l.1.§. 3. D. pro dote,* Imo dos fit caduca hoc est fisco applicatur argumento *l.38. §.1. D. h.t.* IV. Liberi ex tali coniunctione nati, non sunt in potestate Parentum *ut hic & §.1. supra de pat. potest. l.3. D. his qui sunt sui l.11.D. de stat. hominum. Vlp. t. 5. in frag. §. si quis eam.* Sed quoad eam sunt eodem loco cum Spuriis sive vulgo quæsitis & conceptis quos Seneca in controver. vocat publicos pueros, & Mart. inquit de talibus: cui Pater est populus, non habet ille Patrem, vide & *l. 19. & 23.* D. *de stat. hominum* vulgo quæsiti & concepti Liberi passim in jure opponuntur justis, seu natis & legitimis nuptiis. In Liberis autem incestuosis hoc singulare est quod non solum in Patris sui potestate non sunt, sed ne quidem alimenta ipsis debentur *Nov. 74. & 89. ex qua est auth. ex complexu* C. *de incest. nup.* Quam in sententiam eleganter ait Baldus. Jus civile in tantum amavit castitatem, ut etiam destruxerit paternam pietatem. Unde & Sueton. scribit. Augustum Imperatorem vetuisse infantem ex nepte sua Julia, quæ ob crimen adulterii damnata fuit, post condemnationem editam agnosci alique. Jure tamen canonico hoc correctum est. Nam illo jure liberi ex quocunque coitu, etiam damnato nati, alendi sunt Parentibus *c.5.extra de eo qui duxit in matrim.quam polluit per adulterium, vide* Caium *lib.2.obser.* 88. *num.*4. Notanda hic est divisio liberorum. Nam liberi vel sunt justi & legiti, vel iniusti. Rursum Justi vel sunt naturales, vel adoptivi vel legitimati. Iniusti vel sunt naturales, hoc est, ex ancilla aut concubina nati, qui proprie dicuntur Nothi, *teste Quint.lib.3. c.6. & Festo in verbo nothum*: vel denique sunt spurii sive vulgo concepti & quæsiti. Spuriorum autem appellatio alias generalis est, videlicet de omnibus liberis ex iniusta & illicita coniunctione procreatis: alias specialis, de iis tantum liberis qui vulgò quæsiti sunt, sive ex meretrice.

Sic & naturalis liberi duobus modis usurpantur: primũ ij, qui ex justis nuptiis sunt procreati ut opponantur adoptivis. Secundo ij qui ex concubinis nati sunt,

ut in

ut in t. C. de natur. liberis: & in Nov. 89. quibus modis natural. efficiantur sui Vide Anton. Contium lib. 2. subsec. lect. c. 11. & c. 10. extra de renunciatione in verbis, ut inter nothos & manseres, naturales & spurios distinguatur. Et hæc de nuptiis constituendis. De distrahendis seu dissolvendis hic non agitur, quia res futura esset prolixior, *vide t. D. & C. de divor. & repud. item nov.* 140. Item apud Ioan. Schneidevv. & alios, maximeque Theodor. Bezæ Tractat.

Ad §. ult. aliquando autem.

Dictum est satis de prima eaque optima causa patriæ potestatis nimirum justis nuptijs. Sequuntur aliæ duæ, quæ sunt civiles: Legitimatio scilicet & adoptio. De adoptione agendum erit *l. t. prox*. Hic de legitimatione: quæ in eo potissimum ab adoptione differt, quod legitimatio est liberorum propriorum, adoptio est liberorum ferè alienorum. Hoc autem inter se commune habent, quod neutro modo, liberi inviti in potestatem rediguntur *l. ult.* D. *de his qui sui*. Modi legitimationis duo hic afferuntur, & repetuntur *in §. sui autem vers. quibus connumerari oportet I. de hered. quæ ab intest. ex l. 3. 4. 5. 10. & 11. C. de natural. liberis*: Nimirum I. oblatio curiæ, II. subsequens matrimonium. Tertium posterius addidit Justin. *in Nov. 89.* ult. rescriptum Principis. Initio autem sciendum est, non quosvis liberos legitimari posse, non enim possunt incestuosi, non possunt etiam vulgo quæsiti, neque ex matrimonio prohibito nati: sed aliter iniusti ut liberi naturales ex concubina nati. Deinde notanda est differentia horum trium modorum. Primus enim proprius est masculorum tantum: at reliqui duo usurpari possunt in liberis utriusque sexus. Præterea primi duo modi locum habent sive Pater habeat liberos legitimos, sive non: postremus tantum eo casu permittitur si Pater nullos habeat legitimos *d. nov. 89.* Postremo per secundum modum legitimati non tantum quoad Patrem consequuntur jura legitimorum, sed etiam quoad cæteros cognatos: Tertio modo tantum quoad Patrem. Primus ergo modus, ut dixi, est oblatio Curiæ introductus à Theodosio Magno in *l. 3. C. de natural. liberis*. Nam si Pater filium, suam naturalem curiæ det vel offert, hoc est, si eum faciat curialem seu Decurionem, hoc est, senatorem municipalem, hoc ipso filium naturalem in potestatem suam redigit, in qua antea ipsum non habebat. Ratio est, ut multi invitarentur ad curias, quarum onera plerique fugiebant. Erant autem curiæ idem in municipiis, quod Romæ senatus, sicut Decuriones sive Curiales idem quod Romæ senatores. Vide *t. C. de Decuri. lib.* 10. Non solum autem Pater filium suum curiæ offerre potest, sed etiam ipse filius sese: verum non nisi eo casu, quo nulli extant liberi legitimi. Pater verò etiam illis extantibus id facere potest *d. Nov. 89. §. si quis igitur.* Secundus legitimandi modus est subsequens matrimoniũ: introductus primo à Constantino Magno, revocatus postea à Zenone: confirmatus denique & auctus ab Anastasio & à Justiniano. Nam cum Zenonis constitutio tantum complecteretur eos, qui ante ipsam essent ex concubinis suscepti, non etiam ad eos, qui quandoque ex illis suscipiendi forent: (qua in re propositum fuit legislatori homines à concubinatu absterritos incu-

vitare potius ad legitima matrimonia) Anastasius & Justinianus hoc jus etiã ad eos qui postea ex concubinis nascerentur produci voluerunt: De eo *vid. l. Divi Constant. 5. l. Iubemus 6. l. cum quis* 10. *C. de natural. lib. & passim in Nov.* Nam si Pater matrimonium contrahat cum ea, ex qua extra matrimonium suscepit liberos naturales, per hoc liberos in suam potestatem redigit *ut hic & dd. ll.* Idque sive posteà alij quoque liberi ex tali matrimonio nati sint, sive nulli, iique vivant an sint mortui §. *fui autem vers. quod obtinere inf. de hered. quæ ab intest. l. nuper C. de natur. lib. Nov. 12. &* 18. Ratio est, favor matrimonij cujus honori ut multa alia, ita & hoc tributum est. Deinde & favor liberorum *d. l.* 11. Etsi autem regulariter ad matrimonium non sunt necessariæ tabulæ nuptiales, sive dotalia instrumenta *l. 9. C. h. t. l. 13. D. de donat.* tamen hic omnino requiruntur, *ut hic & d. §. fui autem vers. nec non eos inf. de hered. quæ ab intest.* Idque propter maiorem cautionem ac diligentiam. Sunt tamen qui putent, Jure Canonico hic non requiri instrumenta dotalia *argumento c. 1. & c. 6. extra qui filij sint legitimi.* Quid si sine tabulis matrimonium sit contractum? Resp. valere quidem ad id ut liberi postea nati, sint justi, & in potestate: non autem ut etiam anteriores. Sunt & alij casus, in quibus necessaria sunt instrumenta dotalia; ut si senator aut alterius dignitatis Vir ducat libertam suam, quod olim non licebat, hodie licet *ex Nov.* 78. *c.* 3. Sic in nuptiis eorum, qui maximis dignitatibus decorati sunt, usque ad Illustres. *Nov. 117. c.* 4. Tertius modus legit. est per rescriptum & indulgentiam Principis. Nam si Pater liberos tantum naturales; nullos autem justos habens, precibus Imperatori oblatis ab eo petat, ut eos justos ac legitimos efficiat, iisque precibus Imperator subscribat, per id liberi in potestatem Patris rediguntur *d. Nov.* 89. Hodie illi, qui Comites Palatini vocantur ab imperatore jus legitimandi consequi solent, ut & poëtas laurum coronandi, Notarios creandi, & insignia atque arma gentilitia tribuendi, quæ res haud scio an non in magnum venerit abusum. Pontifex quoque Romanus jus legitimãdi sibi arrogavit, sed ut Innocent. III. ipse fatetur, tantum in terris Ecclesiæ *c. 13. ext. qui filij sint legit.* De his modis legitimationis plura *vide apud Cuiac. in Nov.* 74. Quæritur de filijs ita legitimatis: An Patri succedant? Et plerique distinguunt, ut legitimati per subsequens matrimonium omnino succedant per rescriptum Principis non item, nisi etiam ad hoc ipsum expressè restituti sint natalibus. Restrinxerunt etiam aliqui text. §. *naturales in usib. feud lib. 2. tit. 26.* ad eos qui post delatam successionem legitimi facti sunt, *Vide Mynß. cent. 3. obs. 26. & cent. 5. obs. 42. Gail. lib. 2. obs. 140. Borch de feud. & consil. 21. in fin.* Verum neque illa distinctio neque ista restrictio habetur in textu §. *naturales tit. si de feudo defuncti contentio sit lib. 2. feud.* Sed hac de re latius in partitionibus nostris feudal.

Vide ad h. t. Hotom. de castis incestisque nuptijs singularem libellum, & Ioach. à Beust. Tractatum.

AD TIT.

AD TIT XI. DE ADOPTIONIBUS.

TErtia patriæ potestatis causa est adoptio, de qua *in h. t.* hæc ferè capita exponuntur, quotuplex sit; quomodo & quibus fiat: & in quos: quomodo inter se differant species adoptionis, & quosnam habeant effectus. Congruit *t. D. & C. de adopt.* & vide *Vlp. t. 8. Caium lib. 1. t. 5. Gell. lib. 5 cap. 19. & Viglium ad §. adoptivi infra de exher. liberorum.* Erant autem olim apud Romanos adoptiones valdè frequentes non solum inter privatos ad conservandas familias sed etiam à Principibus fieri solitæ ut haberent certos ac designatos Successores in imperio, cuius rei exemplum hoc ipso tit, affertur de Augusto & Tiberio. *Sic Iul. Capitolinus* scribit, Antónium Pium adoptatum esse ab Hadriano cum sibi arrogasset ipse Marcum Antonium fratris uxoris suæ filium, & Lucium Verum. Sic Salust. testatur Jugurtam adoptatum fuisse à Micipsa tametsi is filios ipse genuisset, nimirum Adherbalem & Hiempsalem. Sic *Sextus Aurelius Victor* de Imperatore Nerva scribit, eum adoptasse Trajanum in locum liberi, hoc est filii, & in partem imperii: quod Plinius quoque prædicat in panegyrico quē dixit Trajano. Memorabilis autem est sententia Democriti quam retulit Stobæus & probat *idem Plin.* Melius esse adoptare liberos, quam procreare: nam in adoptione versari liberum animi iudicium & electionem, in procreatione verò naturæ necessitatem dominari. Eodemq; pertinet quod ad Senatus Romani Principes disseruit Imper. Hadrianus apud Dienem *l. 69. p. 796.* Etsi autem adoptio primum inventa est propter eos, qui liberos nullos haberent ac vel nullos suscepissent unquam, vel iis orbati essent, ob eorum scilicet solatium, & ad conservationem familiæ ac posteritatis, cuius studiosissimi esse solent pij Parentes, ut ait *l. pronunciatio §. ult. D. de verb. sign.* Postea tamen iis quoq; permissa est qui liberos naturales iam haberent, hodie nostris moribus adoptiones sunt rariores: nec tamen prorsus nullæ: estq; species quædā adoptionis inter Germanos usitata præsertim in familiis nobilium quæ vocatur unio prolium de qua vide *And. Gail. lib. 2. obs. 125.* Est autem unio prolium quādo liberi prioris matrimonii in pactis nuptialibus Parentum suorum secundo nubentium, quasi communicantur inter ipsos & invicem adoptantur, cuius rei quis sit effectus docet *Gail. d. loco.* Hoc tit. nostro duo tantum afferuntur modi adoptionis. Adoptio in specie dicta & arrogatio. Sciendum est enim, multa in jure verba nunc generaliter accipi, nunc specialiter ac propriè, idque propter inopiam vocabulorum, & quia plura sunt negotia, quàm vocabula. *l. 5. D. de præscriptis verbis. Seneca lib. 2. de benefic. c. 34.* Ita hîc quoque in adoptione res habet: quomodo & in cognatis, de quibus *I. t. de Legit. agn. tut.* Videamus ordine hæc capita. I. quid sit adoptio, II. quot sint genera adoptionis. III. quomodo illa inter se conveniant, quomodo item differant. Quibus expositis simul etiam intelligetis & à quibus & in quos & quomodo fiat adoptio, & quis sit eius effectus. IV. quibus in rebus liberi adoptivi conveniant cū naturalibus, in quibus differant. Adoptio est actus legitimus per quem qui filius alicuius non est, filius eius efficitur tanquā

ex ips

ex ipso natus esset. Dico actus legitimus: unde sequitur adoptionem non posse fieri ad tempus *l.34.D.h.t.& l.77.D.d.R.I.* alibi dicitur legis actio ut in *l. 4.D.h.t. l.1. C.eod.* unde & solennitas dicitur *l.25.D.eod.* & sollenni ordine juris copula *l. 4.C. d.t* Est igitur modus hic civilis, nam jus solenne est jus civile *l. 27. D.d. R.I.* Dico filius efficitur: non autem dico filiusfam. Omnis enim adoptio filium quidem efficit, sed non semper filiumf. quia non semper affert patriam potestatem, ut *infr.* intelligetis.

Definitio autem generalis esse debet. Dixi, tanquam ex ipso natus esset *l.2.5.C.h.t.* ubi dicitur ad vicem naturalis sobolis: item ad vicem naturalis legitimique filij habere. Et erat hæc vetus formula adoptionum, ut videre licet *apud Gell. lib. 5.c.19.* Hinc adoptio dicitur imago naturæ *l.23.D.de lib. & posth.* & naturam imitari §. *minorem I.h.t.* Etsi autem in multis rebus conveniunt liberi naturales & adoptivi: tamen multæ sunt eorum etiam differentiæ quas cõmemorabo *infr. in* §. in plurimis *h. t.* Porrò duæ sunt adoptionum species: arrogatio, & adoptio proprie dicta, *ut hic* §. 1. *& l. 1. 2. D. h. t.* Arrogatio olim fiebat auctore populo, idque tàm Reip. Romanæ, quam Imperatorum tempore teste Cic. pro domo sua. *Ulp d.t.8. & Gell.d.l. 5. c.19.* Rogabatur autem populus in comitijs vellet, juberet, hunc illius filium esse tanquam si ex eo natus esset: unde & nomen factum est arrogationi Quanquam *Cajus in l.2.D.h.t.* ab interrogatione tàm arrogantis, quàm arrogati hoc verbum deducat. Tandem sicut ipsa potestas leges ferendi à populo translata est ad Principem §. *sed & quod Principi, 5.t. 2.* ita & arrogatio *l. 2. & l. 6. C. h. t.* Unde passim dicuntur fieri per rescriptum Principis, per indulgentiam principalem, ex augusta liberalitate, item per sacrum oraculum. Hoc tamen rescriptum intimandum est apud Prætorem vel præsidem *d.l.2.C.d.t.* Adoptio autem in specie dicta fit apud Magistratum sive imperio Magistratus, sed eius duntaxat apud quem legis actio est ut hic §.1.& §.1.*infr. quib. mod. testa. infirm. l.2.& 4.D.h.t.l.1.4. C. eod.* Atque hæc prima est inter has species differentia sumpta ab ijs apud quos fit una quæque. Secundo differunt ratione personarum quæ adoptantur: arrogatio enim eorum est qui sui juris sunt, & quidem mares ac puberes. Fæminæ verò olim arrogari non poterant, quod scilicet nulla esset ipsis communio comitiorum, utpote remotis ab omnibus muneribus civilibus *l. 2.* D. *de R.I.* Arrogatio autem fiebat in comitijs auctore populo, ut modo dictum. Ex rescripto tamen Imperatoris etiam fæminæ arrgari possunt *l. 20.& seq.* D.*h.t.l.8. C.eod.* sed neque impubes sive pupillus arrogari poterat. Est enim infirmum ejus judicium in omnibus rebus *l.ult.* D. *de manum: vind.* §. *pen.I.de Attili: Tut.* ut proinde non possit secum statuere an ipsi expediat arrogatio. Non etiam tutore authore arrogari poterit: quia tutoris non est ea potestas, ut caput liberum, quod ipsi tuendum ac defendendum creditum est alienæ potestati subiiciat. Postea tamen constitutione D. Antonini Pij effectum est, ut etiam impubes arrogari posset, verum non nisi causa cognita & alijs conditionibus observatis, de quidus mox dicam. Sæpe autem in jure & ll. mentio fit hujus constitutionis D. Pij de impuberum arrogatione ut *l.8.§.si quis impuberes D.de inoff. testamento l.1.§.si in pubere ff. de collationibus l. ult. ff. si quid in frau-*

in fraudem patroni l.17.& 3.seq.l.22.D.h.t. Adoptio autem est eorum, qui in alterius potestate fuerunt sive Mares sint, seu fœminæ, sive puberes seu impuberes: imò etiam infantes, ut hic, & *d.l.1.& 2.l.42.D.h.t.l.1.& 8.C.eod.* Differunt etiam in numero adoptatorum. Nam arrogari plures ab uno non facile debent: adoptari non prohibentur *l.15.§.ult.l.17.§.præterea D.h.t.* Præterea differunt ratione effectus, Maior enim vis est arrogationis quam adoptionis, primum in eo quod adoptio non semper filiumf. facit eum, qui adoptatur, & tum demum si quis avo vel proavo suo materno aut etiam paterno, in cuius potestate non est, in adoptionem dedit, secus si extraneo: Sed arrogatio non tantum eum qui arrogatur, una cum bonis, sed etiam ipsius liberos si quos habet, ita subiicit potestati arrogatoris, ut jam eius nepotes fiant §. *illud proprium infra h.t.* ubi hoc declaratur exemplo Augusti Tiberij & Germanici *l.2.§.ult.& l.40.D.h.t.l.pen.§. testamento D.de bon.poss.secundum tabulas:* Ratiò est quia qui ipse est in potestate alterius non potest alium in sua potestate habere, & in una familia unum caput esse oportet, ut supra dixi ad t.9. Dices, quid ergò prodest adoptio ab extraneo facta? ℞. non est omnino inutilis, etsi enim non affert potestatem, neq; facit aliquem filiumf. adoptantis; affert tamen jus succedendi ab intestato *l.pen.* C.*h.t.* Quæ lex laudatur ab Imperatore tàm *hic in §.sed hodie quam in §.sed hæc quidem. I.de exher.liber.& §.sed ne,& §.sed ea omnia. I.de hær.quæ ab intest. Iul. Firmicus lib.7.Matheseos.* Ab extraneis adoptati hereditatis titulo patrimonium quæsierunt, ut fiant eorum legibus filii, quibus natura proprios filios denegant. Præterea in arrogatione tantùm opus est consensu eius qui arrogatur, vel curatoris etiam si quem habeat. *l.8.D.h.t.* Sed in adoptione utriusq; consensus exigitur *l.5.& 29.D.h.t.* Denique olim etiam quo ad locum erat differentia. Nam arrogatio Romæ tantum fiebat, *teste Vlp.t.8. in frag.* quia ibi tantum comitia celebrabantur. Adoptio autem etiam in provinciis locum habebat, sed hodie arrogatio quoque in provinciis fieri potest *l.6.*C. *h.t.* Arrogare autem non potest Tutor pupillum ante annum ætatis 25. ideo enim hoc facere videtur, ne pupillo rationes reddere cogatur *l.17.*D.*h.t.* Excipitur vitricus, tutor privigni sui *l.32.§.1.D.h.t.* Cum enim vitricus sit loco parentis, affectioni eius hoc tributum est, ut privignum suum eundemq; pupillum arrogare possit. Atq; hæ sunt præcipuæ differentiæ inter adoptionem & arrogationem. Conveniunt verò in his: Primò quod in utraque requiritur præsentia & consensus adoptantis & adoptati *l.24.& seq.§.1.D. h.t.* nisi adoptatus sit infans. *l.42.* D.*h.t.* De arrogatione hoc manifestum est, cum in ea necessaria sit interrogatio, ut supra dixi: absens verò interrogari non potest: unde nec stipulatio inter absentes fieri potest §. *item verborum. I. de inut.stip.* Sed idem quoque dicendum est in adoptione quia actus legitimi non possunt expediri per alios *l.123.* D. *de R.I.* II. Secundo in utraque requiritur, ut is qui adoptat, præcedat adoptatum plena pubertate hoc est octodecim annis §. *minorem* I. *h.t.* ubi & ratio redditur *l.40.§.1.& l.15.*D.*h.t. Cic. pro domo sua.* Adoptio enim naturam imitatur. Et pro monstro est, filium natu maiorem esse quàm patrem.

Observandum est autem plenam pubertatem in jure passim definiri in maribus

ribus quidem 18. annis impletis: in fæminis vero 14. *l. 14. §. 1. D. de alimentis Legat. Paulus lib. 3. sent. t. 4.* hoc enim est tempus quo pleriq; pubescunt & qui tardissime. Observanda quoque hic est sententia, Ars naturam imitatur: quam etiam vulgo q. proverbii loco jactatam suo tempore fuisse indicat *B. Athanasius oratione contra Gentes*: τὴν τέχνην ὥς οἱ πολλοὶ λέγουσι φύσεως εἶναι μίμημα. III. Neutra locum habet in eo, qui per Naturam liberos procreare nequit, qualis est castratus sive Eunuchus. §. *sed & illud infr. h. t. l. 16. D. eod.* Diversum est in spadone, hoc est, cui non sunt excepta virilia, sed qui impedimento tantùm externo laborat, quo sublato generare possit *d. §. sed & illud. l. 2. §. 1. & l. 40. §. ult.* D. *h. t.* Sic spado matrimonium contrahere potest: castratus non potest. *l. 6. D. de lib. & posth. l. 14. §. ult. D. de manum. vind. l. 39. §. 1. D. de jure dotium.* Hic admonendum est, Spadonum appellationem aliàs generalem esse, ut etiam castratos comprehendat; alias specialem ut illis opponatur *d. l. 39. & l. 6. §. ult. cum l. seq.* D. *de ædil. edicto l. 128. D. de verb. sig.* ubi vide Alciat. IV. Neutra locum habet in fæmina §. *fæm. infr. h. t. l. 5. C. eod.* Ratio est, quia nec naturales liberos fæmina in potestate habet *ut d. locis & §. cæteri vers. qua de causa inf. de hered. qual. & differentia.* Hinc fæminæ negantur habere suos hæredes *l. 4. §. 2.* D. *de contra tabulas.* Est enim suus heres is, qui est in potestate testatoris. §. *sui autem I. de her. qual. & diff.* Ratio rationis est, quia in una familia unum duntaxat caput & unus princeps esse debet: cum imperium domesticum sit quædam monarchia *l. 195. §. 1. D. de verb. sig. Arist. 1. pol. & Bodi. 1. de Rep. cap. 3.* & quia absurdum est unum in plurium potestate esse: imperium autem magis debetur Mari, utpote præstantiori, quàm fæminæ. Qua de re explicari solet *l. 2. D. de R. I.* nisi videlicet Princeps intercedat, cuius concessu mulier quoque adoptare potest ob solatium amissorum liberorum *d. §. fæm. & d. l. 5.* C. *h. t. l. 29. §. quondam D. de inoff. testamento.* Arrogare verò non potest, ne quidem permissu Principis. Leo tamen Imperator in *Nov.* 17. omnibus fæminis, etiam Virginibus, adoptandi facultatem concessit, sicut castratis in *Nov. 16.* Sed huius Imperatoris *Nov.* in usum receptæ non sunt. V. Utraque & à cæco, & in cæcum fieri potest. *l. 9.* D. *h. t.* VI. Utraque tam in filii locum aliquem adoptare possumus quam in nepotis vel pronepotis. §. *licet & 2. seq. h. t. l. 22. §. ult.* D. *h. t.* Idque sive quis filium habeat, vel naturalem, vel adoptivam sive non habeat. *l. 37. in princ. & l. 43.* D. *h. t.* Dices, contra naturam esse, ut quis habeat nepotem, cum non habuerit filium. Adoptio autem imitatur naturam, eiusque est imago. Respondeo. Fingimus hic intercessisse filium, idque propter favorem propagandæ familiæ, si quis verò habeat filium, & alium adoptare velit in locum nepotis, filii quoque consensus exigitur §. sed si quis nepotis. *h. t. l. 6. & 11. l. 15. inf. 1. D. eod.* Ratio est, quia alioquin invito agnasceretur suus hæres, mortuo scilicet avo: quod fieri non debet *l. 12. §. 3.* D. *de capt. & postl. reversis.* Ratio rationis, quia hac ratione minueretur libertas testandi *l. 15. & 19.* C. *de pactis.* Nam suum heredem cogitur testator vel instituere testamento, vel exheredare nominatim *init. t. I. de exher. liberorum.* At verò si avus nepotem ex filio velit adoptandum dare alteri, non exigitur consensus filii, quia jam cessat ratio modo dicta.

Im-

Imo liberum arbitrium eſt vel nepotem ex poteſtate dimittere, dando ſcilicet ipſum in adoptionem vel emancipando, & filium retinere in poteſtate vel contra *l.28.& l.41.D.h.t.* Sed is, qui in locum nepotis adoptatur, quo ad cæteros nepotes naturales, quos teſtator fortè habuit, non conſequitur jus conſanguinitatis, hoc eſt, non ſuccedet una cum ipſis, niſi hac lege adoptatus ſit, ut ita eſſet nepos jure ac lege quaſi ex filio ſuo: verbi gratia, Lucio Titio eiusque Uxorem natus eſſet *l. 44. D. h.t.*

Hoc enim caſu avus enixius voluiſſe videtur, ut iſte nepos adoptivus ſibi ſuccederet. In quo differt filius adoptivus à nepote adoptato: nam ille indiſtinctè conſequitur cum altero filio naturali jura conſanguinitatis, hic nepos non item ut modo dixi. *Vide hac de re Anton.* Cont. *lib. 1. ſubſec. lect. cap. 6.* VII. Utraque filium conſtituere poſſunt, etiam ij, qui Uxores non habent *l. 30. D. h.t.* VIII. Utraque acquiſitus filius poteſt à Patre adoptivo vel iterum emancipari, vel alteri in adoptionem dari §. *in plurimis inſ. h.t.l.37.* § *1. D. eod.* Sed hic diſtinguendum eſt. Primum enim, impuberem arrogatum non poteſt Pater emãcipare, niſi certis conditionibus, de quibus mox dicam §. *cum autem, verſ. item non aliter h.t.* Deinde qui extraneo in adoptionem datus eſt, non poteſt alteri ab eo concedi adoptandus: Sed is tantùm qui avo naturali *l.pen.C.h.t.& d.§.in plurimis h.t.* in verbo non extraneo. IX. In utraque onera filij adoptivi, hoc eſt, obligationes ad Patrem adop. tranſeunt. *l.pen. D.h.t.* Nam etſi ea lex tantum loquitur de adoptione in ſpecie dicta: tamen rectè etiam de arrogatione idem dicitur, cum ſit eadem ratio, *argumento l. illud D.ad l.aquil.* Quippe ſecundum naturam eſt, eum ſequi incommoda, quem ſequuntur commoda *l. 11.* D. *de R.I. c. qui ſentit de R.I. libro 6. argumento t.l. de legit patro. tutela.* Præterea neutro modo poteſt aliquis fratrem adoptivum ſibi conſtituere *l.7.C.de hær. inſtit.* Nam primò Frater ex fratre non procreatur: Deinde frater fratrem non habet in poteſtate. Inſuper in utraque is qui adoptatur aſſumit prænomen, nomen & cognomen adoptantis, retento tamen etiam ſuo nomine, ſed una ſyllaba aucto. Sic Auguſtus Imperator teſtamento adoptatus à C. Julio Cæſare, vocatus eſt C. Julius Cæſar Octavianus, cum antea Octavius diceretur, *teſte Dione, & Hotom. in partit. juris, ex* Conna.*lib.2.c.15.* Præterea utraque adoptio fieri poteſt in teſtamento & docet *Conn.d.loco.* Poſtremò in utraque non mutatur patria poteſtas, ſed nova additur *l.7.*C.*h.t.* ſic etiam dignitas non minuitur, ſed augetur per adoptionem *l.35.* C. *h. t.*

De effectu adoptionis ſciendum hunc ſpectari non tantum in jure quod eſt inter adoptantem & adoptatum, ſed etiam quo ad alios propinquos, ut filios vel nepotes Patris adoptivi, &c. & quidem quantum ad ipſum adaptantem & adoptatum, hunc effectum habet adoptatio, ut filium faciat eum, qui adoptatur. Filium quidem ſemper: ſed non ſemper filiumf. ut ſupra dixi.

Quantum vero ad alios propinquos , quis ſit effectus adoptionis explicatur *in l. 23. D. h.t.& l. 7.* D. *de in jus voc. l.12. §. ult.* D. *de Ritu nupt.* Summa eſt quod adoptatus his tantum fit cognatus & conſanguineus illis , quibus

& agnatus: sive adoptio non affert jus sanguinis, sed jus agnationis; sive denique in adoptionibus illæ demum cognationes contrahuntur, quæ & legitimæ sunt, hoc est, quæ habent jus agnationis, ut est in d. ll. V. G. Uxor Patris adoptivi non fit cognata filio adoptivo, quia non fit ei agnata *d. l. 23.* & tamen filius adoptivus non potest uxorem ducere patris sui Uxorem, cum sit ipsi loco Novercæ *l. 14. in princ. D. de ritu nupt.* Hic obiter notetur jus consanguinitatis esse speciem quandam agnationis, & significare fraternitatem per Patrem communem junctam, hoc est, esse quiddam civile. §. *vulgo. I. de success. cognatorum.* Sed tamen impropriè inter fratres adoptivos est consanguinitas §. *per adopt. I. de leg. agn. succ.* Proprie enim consanguinitas est jus sanguinis, quod consistere non potest sine naturali procreatione, quæ non est inter adoptivos. Nunc pauca dicamus de arrogatione impuberis, quam sup. dixi permissam esse à D. Pio. Hæc igitur arrogatio fieri debet, primum causa cognita; secundo cum certis quibusdam conditionibus §. *cum impubes infra h. t.* Quæ autem versentur in causæ cognitione, explicatur *in l. 17. §. 1. & seq. D. h. t.* Conditiones sunt, primum ut arrogator caveat, sive satisdet personæ publicæ, sive servo publico. primò de bonis pupilli, intra pubertatem mortui, restituendis, illis, ad quos ea res pertinet, hoc est, heredibus, qui pupillo succederent ab intestato, si non esset arrogatus, vel etiam qui pupillariter ipsi substituti sunt à Patre d. §. cum autem vers. & cum quibusdam *d. l. 17. §. ult. cum ll. seq.* D. *h. t.* Ipse arrogator propterea non debet succedere, quia hac spe facile adduceretur ad insidias vitæ impuberis struẽdas, quod non est metuendũ in illo ad quem nihil perventurum est emolumenti ex eius morte. Semper enim quærendũ est cui boni, ut solebat dicere Cassius Prætor, qui Scopulus reorum appellabatur. Fit autem hæc satisdatio ut quælibet alia non nuda repromissione, neq; jureiurando, neq; pignore dato, sed fideiussoribus. Quæritur de arrogatione puberis, an etiam in illa requiratur satisdatio? respondet *Conn. d. lib. 2.* non requiri, nisi id egerit arrogatus. Olim autem jusiurandum in ea præstabatur. Altera conditio est, ut ne arrogator sine causa, eaq; cognita, & approbata apud Prætorem impuberem emancipet: quod si faciat, ut non solũ omnia bona sua ipsi reddat, tam ea quæ habebat tẽpore arrogationis, quàm quæ postea acquisivit: sed etiam insuper quartam ex propriis bonis addat *l. ult.* D. *si quid in fraudẽ patroni.* Ex justa tamen causa potest arrogator emancipare arrogatũ. V. G. si impubes probetur insidiatus fuisse arrogatori, &c. quo casu bona sua tantũ recipit, quartã verò perdit *d. l. ult.* Præterea si arrogator impuberem exheredet, idẽ jus est quod in emancipatione sine causa facta; nimirũ, ut præter omnia bona ipsius arrogati restituat ipsi insuper 4. bonorum suorum, ut hic, *d. §. cum autem vers. sed etiam, & l. 8. si impub. D. de inoff. test.* Si verò pupillus exheredatus paulo post moriatur post testatorẽ, restitutio fieri debet ipsius heredibus *l. 22.* D. *h. t.* Et hæc quarta appellari solet Divi Pij, sive quarta arrogati, ad differentiã scil. aliarũ quartarum; sunt enim plures, ut quarta legitimaria, sive legitima illius, quæ alicui debetur ab intestato: & vulgo dicitur legitima: quæ si liberis relicta sit, excluduntur à quærela inoff. testamenti. §. *sed hæc ita §. ult. I. de inoff. test. d. l. 8. §. quoniam D. eod.* Præterea est quarta Falcidiana, quam detrahit heres de legatis & donationi-

donationibus causa mortis ultra dodrantem relictis, permittente lege Falcidia, & constitutione Severi, *de quo l. ad t. de lege. Falc.* Est denique quarta Trebellianica, quam ex SCto Trebelliano & Pegasiano detrahit heres, qui per fidei commissum rogatus est restituere hereditatem alteri, de quo *l. ad t. de fide com. hered.* Videte de his quartis *Cuiac. lib. 8. obs. cap. 4.* Quæstiones vero quæ de hac quarta D. Pij moveri solent apud Interpretes, aliunde peti possunt Proximum jam est, ut indicemus quibus in rebus liberi adoptivi conveniant cum naturalibus, & in quibus differant. Similes ergò sunt primum quoad ætatem Parentum, quæ utrobique naturæ ordine ac lege est maior, *§. minorem h. t.* Secundo in eo quod neutri liberi sunt temporales *l. 34. D. h. t.* Tertio, quoad emancipationem & dationem in adoptionem *§. in plurimis h. t. & l. 37. §. 1. D. eod.* Quartò quoad prohibitionem nuptiarum, qua de re dixi *supr. t. prox.* Quinto quoad patriam potestatem, de qua tamen meminisse debetis distinctionem *supr.* traditam. Sextò quoad reverentiam, quæ utrisque parentibus à liberis debetur, & quæ prohibet, quo minus in jus vocentur parentes sine venia à prætore impetrata *l. 7. 8. D. de in jus voca:* Septimo, quoad acquisitionem, in qua tamen observanda est distinctio peculiorum & bonorum, de qua dicam *in §. 1. I. per quas personas nobis.* Octavo quoad testamenta *§ circa I. de exher. liberorum.* Nono, quoad successionem ab intestato *§. intestatus & §. seq. I. de hered. quæ ab intest.* Decimo, in bonorum possessionibus *§. eadem I. de bonorum poss.* Et hæ sunt præcipuæ inter hos similitudines. In multis verò etiam differunt, ut primum in eoquod filius naturalis est cognatus tàm illis, quibus est & agnatus, hoc est, per virilem sexum coniunctus, quàm per fœmininum. Adoptivus autem tantum illis fit cognatus, quibus & agnatus, ut *supr.* exposui. II. Liberi adoptivi prosunt Patri neque in excusatione à tutela, neque in alijs vocationibus munerum civilium & præmijs; sed tantum naturales *initio t. I. de excus. Tutorum l. 2. §. adoptivi D. de vacat: & exec. munerum. Tacitus lib. 15. annal. & Gell. lib. 5. cap. 19.* III. In conditione, quæ crebro apponi solet in testamentis & fideicommissis, si sine liberis decesserit Hanc conditionem impediunt liberi naturales, quo minus existat. adoptivi non impediunt *l. 77. D. de condi. & demonst. l. 51. §. ult. D. de legatis* II. IV. in successione Feudorum nulla habetur ratio liberorum adoptivorum, *ut sup. dixi ad t. præced. ex §. adoptivi t. 26. lib. 2. in Usib. feudorum. Plura vide apud Ioh. Bodin. lib. 1. de Rep. c. 4.*

Ad §. ult. Apud Catonem.

Hic §. agit de effectu adoptionis in servis. Et ait Imperator: servum, qui adoptatus sit à Domino, vel etiam filius appellatus apud acta, non fieri quidem filiumfamilias, sed tantum liberum. Ratio quare servus à Domino adoptatus non consequatur jus filij, est, quia servi adoptari non possunt *l. ult. D. h. t.* De libertorum adoptione *supr.* dictum. Cur tamen hæc adoptio servi habeat vim manumissionis, ratio est in voluntate Domini, qui quoniam servum cogitavit efficere filium suum, si modo leges hoc permitterent, multo magis voluisse videtur eum esse liberum. Idem est in nominatione apud acta *l. 1. §. simili modo C. de latina libertate tollenda.* Acta sive gesta, sive monumenta nihil aliud sunt, quam scri-

pta sive cõmentarij publici, in quos ea referebantur, quæ vel in auditorio præsidum, aut Præfectorum prætorio, aut aliorũ Magistratuum, aut etiam in consistorio Principis agebantur, tam in causis criminalibus, quàm civilibus *l. 45. & seq.* D. *de re judicata l. 2.* C. *de edendo.* Sic donationes, quæ excedunt quingentos aureos non valent nisi actis intervenientibus insinuata fuerint §. *alia vers. & cũ actis l. de don.* Sic adoptio quoque dicitur fieri actis intervenientibus §. *sed et iam Pater s. t. prox. & l. ult.* C. *h. t.* & appellatio *l. 1. & 2. & 5.* D. *de appellationibus:* alibi etiam dici solent acta, gesta ut *in l. 31.* C. *de donat.* Et monumenta *in l. 34.* C. *d. t. & alibi.* Sicut autem hic adoptio inutilis habet vim manumissionis: ita acceptilatio inutilis saltem pro pacto valere dicitur *l. 8. ff. de acceptilatione:* aliud est in stipulatione inutili, quæ ne quidem valet in vim pacti *l. 1. §. 2. D. de verb. oblig.* Ratio differentiæ est *in l. 47.* D. *de oblig. & actionibus.*

AD TIT. XII. QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

Naturali ordine prius agendum fuit de causis constituentibus patriam potestatem. Nunc de causis tollentibus sive perimentibus eandem. Hic enim ordo passim in jure servatur, ut in tractatu de tutelis, de servit. de dom. acquir. de testamentis, de oblig. & de actionibus. Porrò patriæ potestatis tollendæ modi sive causæ 7. *sub. h. t.* exponuntur, quæ sunt, mors patris naturalis. II deportatio quæ est quasi mors civilis. III. Servitus pœnæ. IV. Dignitas patriciatus. V. Captivitas, VI. Emancipatio. VII. & ultimo adoptio. Sed istorũ modorum alij sunt naturales, alij civiles, & rursum alij statim periment patriã potestatem, alij relinquunt illam in suspenso seu in pendente, alij deniq; tantum mutant seu novam introducunt, ut mox intelligetur Observanda est etiam hæc differentia, quod horum modorum alij capitis diminutionem afferunt liberis, alij sine ea contingunt, de quo vide *Cuia. ad nov. 81.* Primus igitur modus tollendæ pat. potest: est Mors, sive mortalitas ejus, qui in potestate habet, videlicet Patris vel avi paterni, *ut hic in princ. vers. hi verò qui §. quæ diximus vers. illud proprium l. quod cum eo qui in aliena potestate est l. 15. ff. quomodo dies l. g. vel & c. cedat.* Ratio est, quia morte extinguitur persona, & cum ea omnia quoque personalia, qualis est etiam pat. potestas, quæ proinde non transit ad heredem, *argumento l. privilegia* D. *de R. I.* Sic & matrimonium & tutela, quæ similiter sunt jura personarum extinguuntur morte. Sed quod dictum est morte Patris vel avi liberos fieri sui juris, Id in Patre quidem omnimodo atq; indistincte procedit: Sed in avo distinctione opus est Nam si Avus tempore mortis utrumque habeat in potestate & filium & nepotem ex eo', hoc casu nepos morte avi sui non efficitur sui juris, sed in Patris potestatem recidit. Sin autem avus solum nepotem habeat in potestate cum moritur, quia scilicet filius intermedius vivente adhuc avo potestate exijt per emancipationem vel etiam morte subtractus est: Hic nepos plane efficitur sui juris, nec in potestatem Patris recidit, *ut hic in princ. & l. 10. cum l. seq. l. 41.* D. *de adopt. & emanc.* Eademq; distinctio reperitur *l. 5.* permissum *t. prox.* de tutelis. Nec obstat etiamsi filius semel emancipatus iterum posteà ab avo adoptatus

ptatus fuerit, nam ne tum quidem nepos in potestaté filij recidit *d.l. 41.ff.de ado.*

Ad §. cum autem is qui.

Secundo tollitur patria potestas deportatione, sive aquæ & ignis interdictione, quæ dicitur in jure capitis diminutio minor seu media, *§. minor I. de cap. dimin.* & quidem sive illa contingat Patri, sive filio, *ut hic.* Ratio est, quia per deportationé efficitur aliquis peregrinus, omniaq; civilia una cum civitate amittit atque ita etiam jus patriæ potestatis, quod est civile, ut dixi *sup. ad.t.de pat. potest.d.§.minor.I.de cap.dimi.Vide & l.1.C.de hered.instit.l.17.§.1.ff.de pœnis l. 6.ff. de interd. & relegatis l.1.§.hi quibus D. de legatis 3.l.2.D.de pub.judicijs: l. 63. D. pro socio & alijs in locis.* Non potest autem neq; peregrinus civem Romanum: neque civis Romanus, peregrinum in potestate habere, ut *ait Vlp.t.10. in frag. & Caius lib.1.t.6.* Huc pertinet *l.9.C.de sententiam passis & restit.* Sententia deportationis contra Patrem prolata filios eius Patresf. efficit neq; id mirum, nam deportatio morti comparatur, ut hic in verbis: perinde ac si eo mortuo & *d. l. 63.§.ult. D.pro socio.* Meminisse autem debemus olim non licuisse civi Romano quantumvis scelerato vitam adimere; vetabat enim hoc lex porcia. Ne tamen crimina manerent impunita, quod est contrariū utilitati publicæ, *l. 9.locatio.§.quod illicitè. D.de publi.& vectig.l.51.ita vulneratus.§.vlt.D.ad l. Aquil.* ideo interdici ipsi solebat aqua & igni, ut ita denegatis his, quæ sunt elementa atque subsidia vitæ humanæ maxime necessaria, ipsa quomodo vita adempta videretur: quam si sustentare vellent, solum eos vertere oportebat. Postea in locum hujus interdictionis successit deportatio *l.2.§.1.D.de pœnis.* Non solum autem civitas verumetiam bona per deport. amittuntur *l.ult.§.ult.C.de sent.passis & rest. l. ult. D. interd. & rele.* Exceptio est nisi deportatus sit restitutus à Principe, is enim pristinum statum, omniaq; sua bona ac jura recipit, *ut hic vers.sed si ex indulg.* Sed hoc intelligendum est de restitutione sive gratia speciali ac plena: nam generalis sive communis tantam vim non habet, sed tantum concedit remissionem pœnæ & licentiam redeundi in civitatem. Aliud est in relegatione: hæc enim patriam potestatem non tollit, sive ea puniantur Parentes, sive liberi, ut hic vers. relegati autem *& l.4.§.pen.l.* 18. D.*de interd. & releg.* Differentias relegationis & deportationis vide *in l.7.& 8.l.14.& 18. D.de interd. & releg.* Breviter nomen exilij alias generale est in jure, ut sub se cōprehendat tam deportationem, quam relegationem; alias est speciale, ut tantum dicatur de deportatione. Sic *in l.4.D.de extraord.crimi. & in l.4.§.temporalium* D.*de re militari & l. ult. D. de iniurijs.* Exilium temporale dicitur relegatio, ut contra exilium perpetuum est deportatio *l. 4. D. de interd. & releg.l.39.D.de jure fisci l.1.§.ult.D.de sicarijs l. unica D.de his qui latrones recept.* Etsi enim relegatio quoque interdum fieri potest in perpetuum: tamen deportatio hoc proprium habet, quod non potest fieri ad tempus, sed semper in perpet. *l.7.§.2.ff.de interd. & releg.* Posteriore autem modo, hoc est pro deportatione usurpatur exilium *in l. 2.D.de pub. jud. & à Caio lib.1.t.6.* & Ovid. quoque Exulem opponit relegato.

Ad

Ad §. pœna servus effectus.

Tertius modus est servitus pœnæ, ut cum quis per sententiam Judicis certæ alicui pœnæ addicitur V. G. in metallum, vel in opus metalli , sive in ministerium metallicorum, quæ dicitur maxima capitis diminutio *l. r. 16. lib. 1. §. 1. l. 17. D. de pœnis l. 36. D. eod. l.* 12. D *de jure fisci. l. 28.* D. *de pœnis.* Vbi hæc pæna, nempe metalli coercitio, morti proxima esse dicitur. Sic si quis ad bestias damnetur *l. 6. §. 6. D. de iniusto rupto. l. 12. & 29. D. de pœnis.* vel si ad gladium aut in opus saliuarum &c. *l. 6.* D. *de capti. & post.* Ratio est quia hoc modo libertas alicui adimitur: patria autem potestas est liberorum hominum & civium Rom. propria, imo servitus morti comparatur *l. 59. §. ult. D de condit. & demon. l. 32. & 209.* D. *de R. I.* Sed hæc servitus pœnæ sublata est tandem à Justiniano in *nov. 22. c. 8.* illud. hodie tamen adhuc receptum est, ut quis pœnæ causa ad triremes damnetur, de quo vide *Damh. in praxi rerum crim. c. 151.*

Ad §. filius f. si militaverit.

Quartus modus est dignitas patriciatus: aliæ vero dignitates quædam patria potestate filium non liberant ut militia, senatus, consulatus &c. De militia idem dicitur in *l. 35. D. de Ritu nupt. in l. 5. 6. & 9. D. de castren. pecul. l. 22. D. de testamento Militis, & in princ. t. I. de milit. testam. & in princ. t. quibus non est per missum facere testamentum.* Ratio tamen dubitandi erat quia filiusf. in ijs quæ sunt publica habetur loco Patrisf. & certe in pluribus juris articulis filijf. milites non absimiles videntur hominibus, qui sunt sui Juris, hoc est Patribusf. ut *ait l. ult.* C. *ad SCtum Maced.* Sed decidendi ratio est, quia patria potestas tollitur morte vel capitis deminutione. At militia, senatu, consulatu, alijsque honoribus non modo non minuitur aliquis capite, sed etiam augetur dignitate, sed neque ullo alio Magistratu tollitur hæc potestas, ut videre est *apud Gell. lib. 2. c. 2.* Cur autem dignitas patriciatus liberet filium patria potestate, ratio est posita in potestate Principis, ut hic in vers. quis enim patiatur. Quæ tamen ratio infirma videtur, nam Princeps non potest cuiquam invito suum jus auferre, aut beneficium alicui tribuere in alterius injuriam *l. 4. C. de emanc. liberorum.* Hic observandum est, quod Patricij posterioribus temporibus appellati sint Patres principum, ut sæpe in nov. Valent. & Marciani, itemque in epigrammatibus græcis. Longè alia erat notio hujus verbi antiquis temporibus Reip. sunt & aliæ dignitates quibus jure novissimo hoc tributum est, ut patria potestate aliquem liberent, de quibus *vide Nov. 81. & 123. & l. ult.* C. *de consulibus.*

Ad §. si ab hostibus captus.

Quintus modus est captivitas ab hostibus, sive ea contingat Patri, sive filio, sive avo, sive nepoti Sed hic modus non statim extinguit jus patriæ potestatis ac potius in pendente seu in incerto relinquit, ut ex post-facto demum statui possit, an & quando sit dissolutum, ut *hic & l. 12. §. 1. D de capt. & postl.* Ipso quidem jure per capt. sublata est patria potestas: captus enim ab hostibus fit servus capientium

pientium ut hic in verbis quamvis servus, & dixi *est ad §. servi autem t. de jure pers.* At patria potestas est liberorum hominum, & qui non est suæ potestatis non videtur alium in sua potestate habere *l. 21. D. de adult.* Sed contra hanc strictam juris rationem, naturali ęquitate suadente & utilitatis ac humanitatis causa hic inventa est duplex fictio, quæ captis consuluit. Vna est postliminii, quæ locum habet, si captus ab hostibus revertatur in patriam. Altera est legis corn. quæ locum habet si captus apud hostes moriatur. Postliminium definit *Paulus l. 19. D. de capt.* esse jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, & in statum pristinum restituenda inter nos cives Romanos ac liberos populos regesque constitutum. Quodnam etymon habeat verbum postliminium docet Imperator ipse hic, in vers. dictum est, secutus sententiam Scęvolæ. Aliter tamen Servius Sulpit: *apud Cic. in top.* Quod sint species postliminij sumendum est ex *l. 14. D. d. t.* de cap. qui nam habeant hoc jus, qui non habeant, & quid recipiatur jure postliminij vel non, passim in *d. t.* explicatur. Breviter postliminium illis competit, qui ex captivitate in civitatem revertuntur, ut omnia sua jure pristina recipiant, & fingantur retro semper in civitate fuisse, nec unquam capti esse, *ut hic & l. 12. §. 1. l. 16. D. de capt. l. 6. D. de tutel. l. 32. §. is qui apud hostes* D. *de hered. institu.* Sed notandum est non omnia sed tantùm jura postliminio recipi, nam quæ sunt facti non recipiuntur. Facti enim causæ infectæ fieri non possunt ulla constitutione *l. 12. §. 2. D. de captivis.* Jura sunt ut civitas, potestas, familia, agnatio, dominium, servitutes, obligationes &c. Facti vero sunt, ut possessio, usucapio *d. l. 12. §. 2. l. 23. §. 1. D. de acquir. poss. rerum. l. 19. 20. D. ex quibus causis maiores l. 15.* D. *de usucap. item matrim. l. 8. l. 12. §. sed captivi & l. 14. D. de capt. §. 1.* Quanquam *ex nov. 22.* uxor postliminio recipitur: Et hæc de Patre reverso. Idemque juris est etiam in filiof. vel nepote *l. 9. 10. 14. D. d. t.* Quid ergò si in captivitate apud hostes Pater moriatur? hic *l. Corn.* testamentaria succurrit, quæ fingit eum ipso momento captivitatis decessisse, & proinde ex eo tempore liberos ipsius sui juris factos esse *l. 10. 11. 18. l. 22. D. de capt. & postl. l. penu.* D. *de suis & legit.* De utraque hac fictione tam postliminij, quàm legis corn. *inf.* quoque dicetur *in §. ult. t. quibus nõ est permis. testamenta face.* nihil autẽ interest ad jus postl. quomodo aliquis revertatur; an ultro dimissus ab hostibus an redemptus, an vi, an fallacia, item an rursus devictis hostibus capiatur *l. 26.* D. *d. t. l. 15.* 20. *§. ult. D. de capt. & hoc §. nostro in vers. sed & qui capto.*

Ad §. præterea.

In hoc §. sextus affertur modus, de quo agitur *in* D. *de adept. & emanc. & t.* C. *de emanc. liberorum.* Emancipatio filiorum f. fiebat olim *ex l. 12. tab.* per longos circuitus, multasque ambages & sollennitates, imaginariarum scilicet venditionum & manumissionum & fiduciæ, imò etiam pulsata fronte, de qua re ut jam olim obsoleta *vide Theoph. hic, & Caium t. 6. lib. 1. l. ult. C. de emanc. liberorum, & nov. 81. ubi Cuiac. Brisson. lib. 1. antiq. c. 11.* Hodiè ut adoptio fit duo-

 bus

bus modis, ita & emancipatio: nimirũ vel apud Principẽ oblato ipsi libello, vel corã Magistratu. Priorem modũ introduxit Anastasius *l. pen. C. de emanc. liberorum*. Posteriorem Justin. *l. ult. C. d. t. in* qua etiam prolixè exponitur, quid juris retineat Pater in filio emancipato propter beneficium libertatis. Breviter, aut filius est impubes, qui emancipatur, aut est pubes. Priore casu Pater fit ipsius Tutor legitimus, eidemq; etiam succedit ab intest. exemplo Patroni, qui servum impuberem manumisit, *ut hic, vers. & praterea. t. t. I. de legit. par. tut.* Posteriore casu si filius sit pubes & moriatur facto testamento, in quo Patrem præteriit, habet Pater contra testamentum filij bonorum possessionem contra tabulas *l. 1. 2. 4. D. si. à par. quis manum. sit §. sed eas vers. cum enim. I. de bonorum posses. d. l. ult. C. de emanc. liberorum*. Nisi forte emancipatio illa fuerit necessaria *l. ult. D. si à parente quis manum. sit* Sin autem moriatur intestatus, Pater ipsi est heres legitimus, sive abintestato succedit §. *ult.* I. *de leg. agn. success.*

Ad §. admonendi autem sumus.

Hic §. iam ante est expositus sup. t. præc. *vide l. 28. 40. & 41. D. de adopt. & emanc.*

Ad §. sed & si Pater.

Septimus & ult. modus toll. patr. pot. est datio in adoptionem facta nõ extraneo, sed avo vel proavo naturali, qui in potestate antea non habebat. Sed hæc adoptio tollit quidem prioris Patris potestatem, sed simul novam introducit, quemadmodum novatio tollit pristinam obligationem & simul novam introducit §. *praterea* I. *quibus mod. toll. obl.* Pleraq;. n. huius §. exposita sunt *in §. sed hodie supr. t. prox, ex l. pen. & ult. C. de adopt.*

Ad §. illud autem.

Supra dictum est *in §. ult. de pat. potest.* in potestate nostra esse non tantum filios nostros sed etiam nepotes & pronepotes ex filiis. Consequenter hic iam quæritur de nepote ex filio emancipato vel in adopt. dato, sit ne ille in potestate filij hoc est patris sui, an vero avi, vel patris adoptivi. Et hic inspiciendum est tempus conceptionis. Nam si conceptus sit hic nepos antequam fieret emancipatio vel adoptio, erit in potestate avi, si autem post emancip. vel adopt. conceptus sit, erit in potestate filij emancipati vel Patri adoptivi, *ut hic & l. 14. D. de adop.* Ratio est, Quia in his qui nascuntur ex matrimonio justo inspicimus tempus conceptionis *teste Vlp. t. 5. extremo in frag. &* liberi in nuptiis justis sequuntur Patrem *l. 19. D. de statu hominum ac sup. dictum est t. praec.* posse aliquem emancipare filium retento in potestate nepote.

Ad §. ult.

Pertinet hic §. ad 6. modum nimirum ad emanc. quam ait non fieri ab invito Patre

to Patre vel avo *ut hic & l. 31. D. de adop. l. 4. C. de emanc. liberorum.* Est enim emancipatio juris dictionis voluntariæ *l. 2. & 8. C. de feriis.* Sic neq; filius invitus vel emancipari vel in adoptionem dari potest nisi sit infans *l. 5. & 42 D. de adop. nov. 81.* Excipiuntur tamen aliquot casus quibus Pater cogi potest ad emãcipandum filium ut primo, si impubes arrogatus sit & post pubertatem probet sibi non expedire arrogationem, seq; in ea circumscriptum esse *l. 32. & 33. D. de adopt.* Idemq; etiam de infante in adopt. dato dicendum putat *Conna. lib. 2. cap. pen. n. 5.* Secundo si Pater filium male tractet contra pietatem *l. ult. D. si à Parente quis manum. fit.* Tertio si Pater prostituat filias *l. si lenones 12. C. de Epis. audi.* idemq; est in Domino ancillam prostituentem. Quarto si Pater agnoverit legatum sub hac lege sibi relictum si filium emancipet *l. 92. D. de condit. & demon.* Quinto si Pater pecuniam acceperit ut filium emanciparet *l. 1. §. si Parens D. si à Parente quis.* De his casibus vide Accurs. hic in glos. obser. hic. Frequentissimã illam esse conditionem in jure de emancipando filio videte hæc loca *l filius C. de inoff. test. l. quamvis C. de fidei comm. l. 1. C. de condict. causa dati l. 4. C. de instit. & substitutionibus l. ult. C. de donationibus quæ sub modo. l. 46. D. de hered. insti. l. 27. §. 1. D. si quis omissa causa testamenti l. 16. D. de contra tabulas l. 22. D. ad SCtum Treb. l. 21. D. de tuto. & curat.* De causis verò ob quas invitus Dominus servos manumittere cogatur audivistis sup. ad t. de his quod sunt sui. Ut autem Pater non potest cogi ut filium emancipet neq; filius invitus emaacipatur: ita neq; invitus filius redit in potestatem à qua semel liberatus est *l. ult. D. de his qui sunt sui.* Excepta causa ingratitudinis ob quam liberi emancipati in potestatem retrahi possunt, ut scilicet damno immeritæ libertatis mulctentur *l. unica D. de ingr. lib.* sicut de libertis ingratis audietis *l. §. 1. de cap. dim.* Observãda hic est differẽtia inter emancipationem & abdicationem; nam hæc Romanorum moribus ac legibus improbatur, quamvis Græcis esset usitata qui vocabant ἀποκήρυξιν de qua disputat *Arist. lib. 8. Eth. cap. ult. vide l. 6. C. de patr. potest.* Postremò sciendum de omnibus superioribus modis in genere, quamvis per eos tollatur patria potestas, non tamen aboleri reverentiam & observantiam quæ Parentibus jure nat. debetur à liberis. Jus enim naturale non potuit tolli per civile. Ultimo quæritur, an matrimonio contracto liberi exeant ex pat. potest. & jure quidem civili certum est hunc non esse modũ toll. potest; *initio t. I. de SCto Tret. l. 7.* C. *de nupt. l. 5. C. de condit. insertis l. 2. §. 1. D. soluto matrimonio & aliis locis innumerabilib.* Moribus tamen nostris non solum si matrimonium contraxerint liberi, sed etiam si propriam familiam & à paternis laribus separatam instituerint emancipati videntur. Et hoc probavit etiam Elector Augustus *in constitut.* 10. *parte 2.*

AD TIT. XIII. DE TVTELIS.

TErtia principalis divisio Personarum, vel potius subdivisio alterius membri in secunda divis. hîc exponitur, qua aliæ sunt in tutela, aliæ in cura seu curatione, aliæ neutro jure continentur. De his, quæ sub tut. & cura sunt deinceps agitur ad finem usque hujus I. libri, quibus cognitis facilè ex contrario intelligetis, quæ personæ sint planè sui juris. Videamus primum de definitione Tutelæ, & de verbo. Deinde de speciebus tut. III. de prima ex his speciebus, scilicet testamentaria, à quibus scilicet, & in quos illa detur. Cætera capita, quæ huc pertinent, *t. prox.* sequentur, nimirum de personis, quæ Tutores dari possint testamento, & quomodo possint. De nomine sciendum est tutelam in jure significare sępe quamlibet defensionem & conserva: ut cum dicimus tutelam viæ *l. 30. D. de legatis II.* tutelã ædificiorum *l. 7. §. ult. D. soluto matrim.* Sic Prætor dicitur suscipere tutelam minorum *l. 1. in princ. D. de minorib.* Sic dicitur tutela corporis sui *l. 3. D. de just. & jure.* Sic tutela dotis *l. pen. D. de impensis in res dot. factis. sic l. 1. C. de verb. sig.* Sic gemini plebis tutela Tribuni dicuntur à Gunth. Sed hoc loco tutela in specie usurpatur de illa defensione ac tuitione, quæ præstatur pupillo à Tutore. Tutelæ definitio à Servio tradita repetitur *hic ex l. 1. ff. eod. de tut.* Cum enim Serv. Sulpitius bonus esset Dialecticus, sicut hoc nomine laudatur *à Cic. phil. 9. in Bruto. & alibi,* multas confecit in jure nostro definitiones, quarum nonnullæ hodie extant in pand. ut hæc & doli *in l. 1. D. de dolo malo, & alia in l. 15.* D. *de auro & arg. legato.* Ait Servius, vis & potestas, & mox Imperator in §. prox. qui eam vim ac potestatem habent. Solent enim eleganter hæc duo verba coniungi non solum à Jurisconsultis, sed etiam à classicis autoribus, ut §. *adipiscendæ I. de interdictis l. 17. D. de ll. l. 1. D. de nox. action. l. 7. C. de codicil. & Terent. in Heau. qui vim* ac potestatem habeat tantæ astutiæ. Theophilus vero legit hic jus & potestas, quæ duo etiam sæpe coniunguntur *ut l. 1. D. ad l. Falci.* In capite libero, hoc est, in caput liberum, ut sæpe ablativus pro accusativo ponitur, & vice versa. Porrò potestatis verbum aliter hic accipitur, ac *sup.* cum de patria & dominica potestate ageremus, ibi namq; potestas dominica, seu herilis significabat dominium & poss. *l. 215. D. de verb. sig. l. 118. t. eod.* Patria vero potestas non proprie est dominij, sed continet principatum quendã *l. 195. D. de verb. sig* In Tutoribus deniq; potestas idẽ valet quod defensio & tuitio: Et memorabilis est Azonis sententia in summa C. potestatem dominicã & patriam potissimũ introductam esse in utilitatem ipsius domini & Patris: sed Tutorũ potestatem ob utilitatem pupilli, non autem Tutoris. Caput liberum est persona libera pupilli ut & *apud Vlp. t. 11. §. qui liberum, & apud Gell. lib. 5. c. 19.* Libertas autem hic non tantum illa intelligenda est, quæ opponitur servituti, sed etiam ita ut potestati patriæ opponatur. Nã neque servus in tutela esse potest, neque filiusf. etiamsi Pater ipsius captus sit ab hostib. *l. 6. §. ult. D. h. t.* Quamvis aliud sit in Patre deportato, tunc enim filius fit sui juris, ut dictũ *t. prox.* Ideoq; si impubes sit, tutorẽ accipit, qui tamẽ tutor esse desinit si pater in integrũ forte restituatur, *l. ult.* C. de sent. passis & rest. Hinc fit, ut filiusf. miles, q testari potest de peculio castrensi

strensi tamen nō possit filio suo tutorē dare, est enim ipse una cū nepote in potestate avi, cui jus suum minuere non potest *l.28.& 41.D.de testam.nul.* Interdum tamen etiam Servo tutor datur si nimirum libertas in propinquo sit *l.13. in pr.D. de tuto. & curat.* Cur autem filiisf. & servis tutor non detur, ratio est, cùm quia hi satis defenduntur illorum ope & consilio, quorum sunt in potestate, servus à Domino, filius à Patre, tùm quia absurdum sit aliquem esse in duorum potestate. In servo est & hæc ratio, quia non est capax civilium: tutela autem est juris civilis, ut mox sequetur. His porrò verbis ad tuendum eum, qui propter ætatem sua spontè se defendere nequit, officium Tutoris continetur quod est præcipuum, ne pupillum relinquat indefensum ut ait *l.30.D. de admin. tutorum.* Est igitur tutela gerenda non ad utilitatem tutoris, ut is in ea grassetur, sed ad utilitatem pupillorum, quod & Cic. monet in offic. Et quidem hoc naturali juri cōveniens est, impuberes esse in tutela, ut is qui perfectæ ætatis non sit ac proinde per imbecillitatem judicii multis captionibus & injuriis obnoxius alterius tutela regatur §*·pen.I. de Attil.tutore & l.1.*D. *de min. 25. annis,* argumento ducto à maiori vel à fortiori. Observanda est hic obiter differentia una inter Tutorem & Curatorem, ille namq; personæ datur §. certæ. I. t. prox. Hic datur rebus sive bonis ac substantiæ *l.6.§.ult.D.de tut. & l·* 8. *C. de nupt.* Principaliter, inquam, personæ tutor datur, quamvis per consequentiam etiam bona defendat. Præterea est & altera differentia inter eos, quod scilicet tutor hodie tantum propter ætatem datur (dico hodie, nam olim ob sexum quoque dabatur, nam fœminæ in perpetua erant tutela propter imbecillitatem sexus, & propter imperitiam rerum forensium, & propter pudorem *teste Vlp.in pr.t.11. vide Livi.lib.39.Cic pro Mur.pro Flacco & in Top.Gell.lib.5. c.13· Cuja. lib. 7.c.11.*) Curator autem non solum propter ætatem, sed etiam propter furorem, sive eversionem ac profusionē, propter morbum perpetuum, &c. *ut inf.intell.sub tit.de* Curat. Sunt & aliæ differentiæ quas inf. indicabo. Quod sequitur jure civili, Jus civile alias per excellentiam dicuntur leges 12. tab. ut *l.10.C.de jure delib. l.7.* D. *de bonis damnat. Vlp. t.22. §.eos qui & in princ. t.1.de usucap.l.necess.*D. *de acquir. hered.* Sed hoc loco latius accipiendum videtur, etiam de aliis legibus, imò & de SCtis, ex quibus Tutores dantur. Hæc porro verba, data & permissa, quidam sic distinguunt, ut jure civili detur legitima, permittatur testamentaria, & dativa tutela. Ex hac definitione tutelæ facilè intelligitur, qui nam sint tutores, nam abstracti & concreti una fere eademq, definitio est. Tutoris etymon & notatio satis clara est in textu: quod autem ait de æditus & vult verbum esse compositum ab ædibus tuendis id alienum esse videtur, Et à Grammaticis melioribus ridetur non immeritò, sicut & postliminii, & testamenti, & mutui, & donationis & possessionis, & damni ac similes origines Juris civilis usitatæ, quas ita excusare possumus, si dixerimus esse potius allusiones quasdam ad rem ipsam. Antiqui certè etiam æditimum appellarunt, ut est apud *Varronem, Cic.& Gell. lib.12.c* 10.

Ad §. permissum.

Olim tutela erat duplex: alia muliebris, alia pupillaris ut docet *Anton. Cont. lib.2.*

lib. 2. subs. lect. cap. 13. & Iacobus Ravar. lib. 1 variorum cap. 10. & lib. 2. cap. 10. Sed hodie muliebris sublata est, argumento *l. 3.* C. *de legit. tutoribus*, ut hodie tantum relicta sit tutela pupillaris, cuius species sunt tres, testamentaria, legitima, & dativa quæ deinceps hoc eodem ordine explicantur, vide stat. Norib. t. 39. Primo omnium agitur de testamentaria, quia quamdiu hæc speratur cessat legitima *l. 11. in pr. D. de testa. tut.* sicut etiam hereditas ab intestato non defertur quamdiu ex testamento adiri potest. *l. 39.* D. *de acquir. heret. & l.* 89. D. *de R. I.* Sic & legitima tutela proxima est testamentariæ *d. l.* 11. §. *quod si tutor. de origine tutelæ test.* sciendum est eam permitti *l. 12. tab. l. 1.* 20. §. 1. D. *de test. tut.* Verba legis 12. tab. referuntur *in l.* 120 D. *verb. sig.* & adtinguntur *l. 53.* D. *eod. & ab Vlp. t. 11. in frag.* Dant autem testamento tutores soli Parentes, qui liberos in potestate habent, hoc est avus, vel pater, & dant liberis impuberibus, ut hic in pr. Dixi testamento: idem tamen est etiamsi codicillis testamento confirmatis *l. 3. & ult.* D. *de testa tut l.* 2. C. *eod.* Et utrobiq; qui semel datus est Tutor postea vetari potest esse tutor *l.* 8. D. *de test. tut* Dixi Parentes solos dare. Patronus igitur liberto suo impuberi non rectè dat tutorem testamento *l. 28.* §. *ult.* D. *de testa. tut.* Confirmabitur tamen, si eundem instituerit heredem *l.* 4. D. *de confir. tutore.* Nec patrona libertæ suæ *l.* 2. C. *eod.* Deinde non satis est parentem esse qui dat, sed etiam opus est, ut in potestate habeat eum cui dat: nam tutelæ datio nititur jure patriæ potestatis sicut & substitutio pupillaris & exheredatio. Hinc Mater quia fæminæ non habent liberos in potestate §. *fam. sup. t. de adop.* filiis Tutores dare non potest, nisi eosdem etiam heredes instituerit. *l. 4.* D. *de testa tut. l.* 4. C. *eod. t. l. 69.* §. *mater* D. *de legatis 2. secundum quam l. intelligenda est etiam l. 2. in pr.* D. *de confir. tutore.* Tunc enim confirmabitur Tutor à præside vel proconsule vel prætore *d. l.* 4. *& l.* 1. C. *de confirm. tut. d. l.* 2. D. *eod.* & habetur *in statutis Noricis t. 39. l. 2.* Sic Pater filio emancipato non recte tutorem dat, sed tamen hic etiam confirmabitur §. *ult. l. h. t.* Hoc tamen interest inter Tutorem datum à Patre emancipato & datum à Matre. I. quod tutor à matre datus non tam in personam, quam in rem datus videtur *d. l.* 4. D. *de testa. tut.* II. quod ille à Patre datus sine inquisitione morum, fidei, & facultatum confirmatur: hic verò cũ inquisitione *d. l. 4. l. 1.* §. *etsi quidem l. 2.* D. *de confir. tutore.* Differentæ ratio est quia Pater optime prospexisse liberis in testamento censetur, & gravissimos fidelissimosq; Tutores ipsis elegisse *l. 3.* §. *1. D. de admin. tutorum.* Quis enim talis affectus inveniatur, ut vincat paternum? ut ait *l. ult.* C. *de curat. furiosi & prodigi.* Sic neq; naturali filio Peter tutorem dare potest, nisi eum instituerit heredem *l. 7.* D. *de confir. tut. l. ult.* C. *eod.* Hunc enim Pater utpote non natum ex justis nuptiis in potestate non habet, imò ne illis quidem omnibus liberis Parentes tutores dare possunt, quos in potestate habent, ut ecce: Avus nepoti, qui post mortem eius recasurus est in potestatem filij, hoc est, sui Patris, tutorem non rectè dat, ut hic *vers. nepotibus verò.* Idq; adeo verum est, ut ne miles quidem id possit *l.* 2. D *de testa. tut.* Nam, ut supr. dixi, ij, qui sunt in potestate non possunt esse in tutela, Quinam autem sint nepotes, qui post mortem avi in potestatem

Patris

Parris sui recidunt, ex ijs intelligetis, quæ supra dicta sunt *t. præced.* Dixi Tutores dari testamento. Curatores autem inutiliter dantur *l. pen.* C. *de testat. tut.* Lex namq; 12. tab. tantum loquitur de tutoribus non de Curatoribus. A Patre tamen datus confirmabitur à Magistratu *l.* 1. §. *ult. D. de confir. tut.* 2. *C. eod.*

Ad §. ult. cum autem.

Non solum liberis iam natis, & qui sunt in rebus humanis Parentes dare possunt tutorem, ut modo dixi, sed etiam ijs qui nasciturі sperantur, hoc est posthumis ut *hic & l.* 1. §. 1. 2. *D. de test. tut.* Sed oportet ut posthumi sint sui, non autem extranei seu alieni: posthumi sui sunt, qui si nascantur vivo testatore in potestate eius nascuntur, eiq; fiunt sui heredes, reliqui omnes sunt alieni. sed de posth. plura audietis *inf.* §. *posthumi de exhered, liberorum* §. *posthumo Inf. de legatis* Vide etiam *Vlp. t.* 22. *in frag.* Ratio est favor posthumorum, ne scilicet cum nati fuerint careant defensore. Est autem hoc generale in toto jure civ. ut is qui est in utero intelligatur iam esse in rerum natura, quoties de ipsius commodis quæritur *l.* 7. *& pen. D. de statu hominum & l.* 231. *D. de verb. sig.* Potest autem Pater tutorem dare liberis tàm extantibus, quàm posthumis, etiamsi eos exheredaverit. *l.* 4. 2. 6. §. *ult. & l.* 31. *D. de testa. tut.* Sic etiam pupillariter substituere potest Pater liberis exhereditatis §. *non solum.* I. *de pup. subst.* nam hæc est vis patriæ potestatis. Unde aliquis tutorem dare non potest, nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit, habiturusq; esset si vixisset *l.* 73. §. 1. *D. de R. I.*

AD TIT. XIV. QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Pergit Jmperator in explicanda tutela testamentaria, & cum t. superiori exposuerit personas quæ & quibus tutores testamento dent, addit deinceps eas, quæ dari possint, tùm quomodo dentur. De quibus primum in genere ita definiri potest: dari posse omnes, cum quibus est testamenti factio, hoc est qui aliquid capere possunt ex testamento alterius *l.* 21. *D. de test. tut.* Excipiuntur fœminæ: nam tutela est munus sive officium virile & masculorum *l.* 16. *& ult.* D. *de testam. tut. l.* 1. *C. quando mulier. l.* 1. §. 1. D. *de legit. tutorib.* Unde fit, ut Pater matri liberorum communium tutelam frustra mandet in testamento: adeò ut ne quidem confirmari possit *l.* 26. D. *de test. tut.*

Mater tamen & avia certis quibusdam conditionibus præferuntur tutoribus legitimis, de quo dicam. I. *ad t. seq.* Porrò, quod ait Imperator, etiam filium famil. tutorem dari posse, id hanc rationem habet, quia in publicis causis, qualis est etiam tutela, filiusfam. habetur pro patrefam. *l.* 9. D. *de his qui sunt sui. l.* 13.

D. *ad*

D. ad SCtum Treb. l. 6. in pr. D. quod cuiusque univers. l. 2. D. de muner. & hon. Sic etiam à Prætore tutor dari potest filiusf. *l. 7. D. de tut.* Actio autem tutelæ dabitur in Patrem & quidem in solidum, si agnoverit, si vero non agnoverit peculiotenus, vel de in rem verso, *argumento d. l. 7. & l. 1. C. quod cum eo qui in alie. pote. est.* Præterea Servus quoque tàm proprius, quàm alienus tutor dari potest: Sed hic distinguendum est, nam proprius quidem rectè datur tutor purè, sive cum libertate, ut Stichus servus meus liber, & tutor esto filii mei, sive sine libertate, ut Stichus tutor esto. De priore casu non est dubium, quin simul & tutor & liber fiat, nam etiam heres institui potest servus proprius cum libertate. *§. 1. I. de hered. inst.* De posteriore casu dubitari potest. Sed favor pupilli & libertatis ac præsumpta voluntas testatoris facit, ut hæc quoque datio valeat, nam concesso uno concessa videntur omnia sine quibus id expediri nō potest, ut vulgo traditur *ex l. 2. D. de jurisdictione.* Servus autem sine libertate tutor esse non possit *l. 7. C. qui dare tut. poss.* Ergo & libertatem ei dedisse videtur Dominus. Sic & si heres instituatur Servus proprius detracta mentione libertatis, & heres fiat, & liber *l. pen. C. de necess. servis hered. instit.* Quod olim secus erat *in pr. t. I. de hered. inst.* Sed necesse est, ut testator sciat servum esse eum, quem tutorem dat. Nam si putabat eum esse liberum, neque liber neque tutor erit *l. 22. D. de testam. tut. & hic vers. plane l. 24. §. si quis tutorem D. de fideicom. hered.* Ratio est, quia hic deficit conjectura voluntatis in testatore. Sed hic quæritur an libertas illa sit directa an fideicommissaria. Et ait hic Imper. directam esse. Cui sententiæ & regula & ratio juris adversatur nimirum, quod libertas directa nunquam detur ex interpretatione & conjectura voluntatis testatoris, sed ex verbis expressis. Deinde plurimæ etiam leges obstant, quibus dicitur servo hic competere libertatem fideicom. ut *l. 16. 24. §. ult. D. de fideicom. libertatibus. l. 9. C. eod. l. 10. §. ult. D. de testa. tut. Paulus lib. 4. sent. t. 13. §. ult.* Hanc antinomiam insolubilem fatetur Hotto. ut & Cuiac. & de eadem laborat *Conn. lib. 2. c. 4. n. 7. 8.* Giph. putabat verbum [directam] ex glossa, perperam hic irrepsisse in textum. Dices etiam *in l. 32. §. Lucius Titius D. de testa. tut.* Servum quem testator dedit tutorem sine libertate statim liberum esse adita hereditate, hoc est directam libertatem consequi sine facto heredis, quod necessarium est in fideicom. ℞. ibi testatorem eo ipso libertatem expressisse, quod servum duplici nomine appellavit. Cum enim antea vocaretur Eros, appellavit eum Lucium Erotem. Solebant autem Domini servis manumissis sua nomina imponere, *ut sup. dixi ad tit. 5. vide* Cuiac. *hic.* Et hæc de servo proprio, eum purè tutorem dari posse; sub conditione autem, si liber erit, non rectè tutor datur. Nam cum sit in potestate testatoris libertatem servo suo dare, non videtur libertatem ipsi dare voluisse, cum hanc conditionē adjecerit. *l. 21. & seq. D. de condit instit.* Ubi etiam heres inutiliter instituitur servus proprius sub hac conditione. Contra servus alienus purè inutiliter datur tutor, sive cum libertate, sive sine ea; sed tantum sub hac conditione, si liber erit, ut hic, in vers. servus autem alienus. Ratio manifesta est, quia in servum alienum nihil juris habemus nec invito Domino jus suum auferre possumus *l. 11. D. de R. I. §. 1. sup. de his qui sunt sui.* Alienus autem servus est etiam is, in quo testator

stator usumfructum habet, & alius proprietatem, *initio t.l.de her. instit.* Et hæc vera sunt stricto jure. Benigne tamen & ob favorem pupilli, publicæque utilitatis causa hæc quoque datio sustinetur. Censetur enim tacita hæc conditio illi inesse, cum liber erit. *d.l.9.C.de fideicom. libertatibus l.10.* §. *ult.* D. *de testam. tut. Vide etiam l.28.D.d.t.§.1.* Redimetur ergò hic servus à Domino volente, atque ita redemptus manumittetur *l.5.C.de testam.tutor.l.31.§.alieno D.de fideicom. liber:* Invitus autem eum vendere non cogitur *l.11.C.de contrah.emptione. l.16.C. de jure deliberandi.*

Ad §. furiosus vel minor.

De furioso idem dicitur in *l. 11. D. de tut. & l. 10. §. si furio. D. de testam.tut.* Ratio cur furiosus non possit esse tutor evidens est quia scilicet ipse nihil intelligit, sed mentis cæcitate ad omnia laborat. *l.5. in negot. contrah.D.de R.I.* Unde ipse quoque sub cura alterius est. Esset autem absurdum & confusio fæda, minimeq; ferenda, si idem sub alterius cura ageret, & simul alterius esset tutor, ut ait *l.ult.C.de legit.tut.* Ratio cur minor nō possit esse tutor est, quia tametsi aliquod jam sit ipsius judicium, tamen id adhuc valde est imbecille, ita ut seipsum vix regere possit, nedum ut aliis consulat, unde ipse quoque est sub curatoribus. Si igitur hi Tutores dentur & si stricto jure datio pura non valeat, quæ ab initio vires habere debet, & non ex post-facto convalescere, *argumento l.210.D.de R.I.* Tamen etiam hic sustinetur ob favorem pupilli, quasi tacita hæc conditio ipsi insit, cum sanæ mentis esse ceperit furiosus, cum minor factus fuerit maior *d.l. 11.D.de tut.& l.10.§.si furio.* Interea igitur alius dabitur tutor. Quod autem nemo possit hodiè ullam gerere tutelam ante annum ætatis 25. dicetur. *l. ad §. ult.de fiduc.tut.& §.item maior, de excusat.tut.& curat.ex l.ult.C.de leg.tut.* Qua in re olim differentia erat inter tuto. leg.& testamentarium. Nam legit. tutor, etiam minor 25. annis esse poterat, testamentarius non poterat *teste Vlp. t.11. in frag.* Denique hic notandum est incertum tutorem dari non posse *§.sed ne cuiusmodi vers.tutor autem l. de leg.agn.tut.l.20.D.de test. tut.*

Ad §. Ad certum tempus

De modis variis dandi tutorem hic agitur. Breviter, tutor vel purè datur, ut Titius tutor esto filij mei: Vel sub conditione, ut Titius tutor esto, si Consul, aut Doctor factus fuerit, si uxorem duxerit, si navis ex Asia venerit. Vel denique ad certum tempus & conditionem, ut ad annum, ad biennium, &c. vel à certo tempore, ut post annū, post triennium. Vel etiam fieri incerto die, ut post mortem heredis *l.7.8.11.D.de test.tut.* Pure datus tutor statim ab adita hereditate tutor esse incipiet: sub conditione datus: tum demum cum conditio extiterit: quæ si deficiat tutor non erit. Itemque ex certo tempore datus cum tempus illud vel dies venerit. Pendente autem conditione, vel die nondum veniente, tutor erit non legitimus sed alius à Magistratu dabitur *d.l.11.* Contra ad certum tempus datus, elapso illo tempore tutor esse desinet.

Præterea hoc quoque ad modum dandi tutoris pertinet, quod ante heredis institutionem dari possit ut hic: nam & legata hodie ante heredis institutionem relinqui possunt §. *ante I. de legatis l. 24. C. de testa.* Sic & Græcis verbis tutores dari possunt *l. ult. C. de testa. tut.* Cum etiam totũ testamentũ græce scribi possit *l. 21. §. ult. C. de testam.* Notanda est hic differentia inter institutionem heredis & dationem tutoris, illa namque etsi tàm purè, quàm sub conditione fieri potest, tamen ad certum tempus, vel ex certo tempore fieri non potest. §. *heres & pure. I. de her. inst. l. 21. 34. D. de her. instit.* Ratio differentiæ est, quia si hanc institutionem her. admitteremus, sequeretur ut idem & unus decederet partim & alio tempore testatus, partim & alio tempore intestatus.

Hoc autem jus nostrum non patitur in paganis *l. 7. D. de R. I. §. hereditas vers. neque enim I. de here. inst.* Sed in tutoris datione ad certum tempus, vel ex certo tempore hoc non est metuendum. Sic neque adoptio ad certum tempus fieri potest *l. 34. D. de adopt.* Testator igitur potest tutorem dare sub conditione vel ad tempus vel ex certo tempore. Sed Magistratus non nisi pure tutorem dare potest. *l. 6. §. 1. D. de tut.* Differentiæ ratio est, quia leges præsumunt testatorem optime prospexisse liberis in testamento suo. *l. 3. §. 1. de adm. tut. l. ult. C. de curat. furiosi l. 22. § ult. D. de adult.* Ideoque ab eius voluntate non recedunt, cum præsertim hoc casu supersit aliud auxilium, nempe ut Magistratus interea alium pupillo tutorem constituat §. *etsi in testamento. I. de Attiliano tutore.* Hoc de Magistratu tutorem dante dicere non possumus. Nam quis huius factum dubium, incertum, atque imperfectum supplebit? accedit quod actus legitimus, qualis est datio tutoris facta à Magistratu conditionem non recipiat, neque diem, *argumento l. 77. D. d. R. I.*

Ad §. certæ autem rei.

Idem dicitur *in l. 12. & 2. seq.* D *de test. tut.* Etsi autem de tutore testam. tantum hoc ibi dicitur: tamen idem juris est etiam in tutore dativo propter eandem videlicet rationem, quia tutor personæ datur non rei vel causæ: sicut curator de quo *I. in pr. t. de curat.* Adeo autem inutilis est datio Tutoris ad certam rē, ut ne quidem deductis illis rebus sustineatur *d. l. 12. D. de test. tut.* quod tamen fieri solet in institutione heredis ex re certa facta. Si quis ita scribatur heres, verbi gratia ex fundo Tusculano *l. 1. §. si ex fundo & l. 9. §. si duo. l. 10. 11. & 35. D. de hered. instit. l. 13. C. eod.* Nam hic in re certa scriptus heres habebit eam tanquam legatarius, si non sit solus scriptus, & reliquam partem coheredes. Sin autem solus scriptus sit, ex asse heres erit. Differentiæ ratio est inter tutoris dationem & heredis institutionem ex re certa, quia vitium in tutoris datione commissum à testatore corrigere potest Magistratus, nimirum si is det alium. Sed vitium commissum in heredis institutione non potest corrigi aliter: decederet enim pro parte testatus, pro parte intestatus. Sed ei quod diximus tutorem dari personæ non rebus multa objici solent, ut primum quod dicitur *in l. 15. D. de test. tut.* Tutorem recte dari rei Africanæ vel Syriacæ. Sed dicendum ibi tantum administrationem tutelæ dividi, non verò ipsam tutelam, quæ est individua non minus quam ipsa persona.

persona. Fit autem ista divisio aliàs quidem ab ipso testatore, aliàs ex consensu tutorum inter sese: alias deniq; à Magistratu qui cuiq; certas res assignat. *l.36.D. de admin.tut l.ult.C.si ex pluribus tutoribus.* Interdum etiam uni tota administratio committitur §. *sed si ex testamento. l.de satisdat.tutorum*: ita tamen ut nihilominus etiam cæteri actione tutelæ teneantur Deinde objicitur *l.ult.* D. *de confir.tut.* ubi Pater liberis naturalibus dat Tutorem in rebus iis, quas ipsi relinquit. R. Rerum appellatione ibi intelligendum est jus, vel portio hereditatis, non autem res singulæ. Sic quod dicitur *in l.4.D.de testa. tutela.* Tutorem à Matre datum filio instituto in rem potius, quàm in personam datum videri: id speciale est in Matre, quia hæc ipso jure tutorem dare non potest filio, cum eum in potestate non habeat. Benigne tamen sustinetur hæc datio, utpote profecta ex amore & benevolentia erga filium quam satis declaravit Mater heredem instituendo. Denique obstat *l.12.§.cum tutor.D.de adm.tutorum.* Ubi tutor non tantum rebus, sed etiam moribus pupilli præponi dicitur. Resp. Principaliter & primario tutor respicit ipsam personam pupilli eiusq; mores & vitam regit ac tuetur. Per consequentiam verò & secundario etiam bona ac res eius, quæ sunt quasi accessio & adminiculum personæ, sine quibus commodè vivi non potest.

Ad §. ult Si quis filiabus suis.

Interpretatio aliquot verborum quæ à testatore in tutoris datione forte adhibita sunt hic affertur, ut sciamus quidnam illis contineatur. Descriptus est autem *hic §.ex l.5.6.*D. *de testa. tut.* Et ait Imperetor primo filiorum appellatione contineri & posthumos. Ideoque si quis filiis suis tutorem dederit etiam posthumis dedisse videtur. *d.l.5.D.de testa.tut.l.164.D.de verb.sign. Gell.lib.2. cap.13.* Non autem è contrario posthumorum appellatione etiam liberi jam nati intelliguntur *d.l.164.* II. ait filiorum appellationem non cadere in nepotes. Ideoq; qui filiis suis tutorem dederit, eum non videri dedisse nepotibus, neque de his sensisse, *ut hic & d.l.6.* Nam ut personæ sunt distinctæ ita etiam vocabula. Interdum tamen propter justam causam admittimus hanc interpretationem *ut in l.84.& l.201* D.*de verb.sig.& l.220.t.eod.l.41.§.concubina D.de leg.3.l.59.D.de ritu nupt.l.6.§.1.C.ad SCtum Maced.* III. Liberorum appellatio est generalis *d.l.220.* & proinde qui liberis tutores dederit etiam nepotibus & deinceps descendentibus dedisse videtur. IV. Posthumorum nomine tàm filij posthumi, quàm cæteri liberi posthumi continentur *d.l.164.* D.*de verb.sign. & hic*: quod tamen verum est tantum de posthumis suis, non de alienis, secundum ea, quæ dixi *sup. ad §. cum autem t.prox.* Quid si posthumi vivente adhuc testatore nati sint? & ait *l.16.§.ult.D.de testa.tut.* utilem fieri dationem. His V. addendum. Filiorum appellatione etiam filias contineri *d.l.16.in pr.* Masculinum in toto fere jure cōprehendit fæmininum *l.1.ibidemque Alcia: & alij* D.*de verb.sig.* Et hæc quidem in lingua latina locum habent, in nostra vernacula res est planior atque expeditior.

AD TIT. XV. DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

TUtelam testamentariam proxime sequitur legitima, eaq; triplex est: agnatorum, patronorum & parentum: Fiduciaria quoq; fratrum tutela quamvis proprie differat à legitima: tamen ipsa quoq; ad eam referri solet. In *D & C.* de omnibus his speciebus conjunctim agitur sub uno t. Quemadmodum autem hereditas sive successio etiam testamentaria dici potest legitima, ut est *in l.* 130. D.*de verb sig.* sed tamen ea quæ ab intestato defertur proprie dicitur legitima, ita & in tutela res habet. Etsi enim testamentaria quoq; & dativa dici potest legitima utpote quæ competat lege permittente *teste Vlp. t.* 11. tamen per eminentiam legitima tutela dicitur ea tantum quæ ab intestato defertur. Nostris moribus legit. agn. tut. inter Principes est usitata ex aurea bulla Caroli V Cum autem legitima tutela deferatur primum agnatis ab intestato, duo hic explicāda sunt. I. quis sit agnatus & contra quis sit cognatus. II. quis hoc casu dicatur decessisse intestatus. I. quis sit agnatus, quis item cognatus explicat *hic Imperator & in* §.*1.inf.de legi.agnat.succeß.& Caius l.7. D.de legit. tut. Modest.l.pen. D. unde legit.& in l.4.§.1.& 2.D de grad. Paulus in l* 10.§.*1.2.& 4.D.de grad. Deniq; Vlp. d. t.*11. Breviter cognatorum appellatio alias generalis est, alias specialis. Generaliter cognati dicuntur propinqui & consanguinei: qui vel per mares conjunguntur, sive naturali jure sive civili, & dicuntur agnati: Vel per fœminas conjungũtur & appellantur cognati in specie. Differunt igitur agnati & cognati, sicut genus & species. Nam omnis agnatus est etiam cognatus, sed non contra, sive ut ait *Paulus lib.4.sent.t.*8. In agnatis etiam cognati continentur, inter cognatos verò agnati non comprehenduntur, exempli gratia, Patruus meus est mihi & agnatus & cognatus: avunculus autem tantummodo est mihi cognatus, non etiam agnatus. Sic filius patrui, hoc est, frater meus patruelis mihi est & agnatus & cognatus: at filius amitæ meæ est mihi tantum cognatus. Sed hic observandum est antiquum illud discrimen inter agnatos & cognatos sublatum esse jure novissimo, tam in tut. quã in successionibus ab intestato *Nov.*118. unde sumpta est *auth. sicut C. de legit. tut.* Secundo intestatus hic intelligendus est non tantum is qui vel nullum fecit testamentum, vel non ritè fecit, vel cuius testamentum rite factum postea ruptum vel irritum est factum vel destitutum, ut dicetur. *Inf. ad t. quibus mod. testa. infirm.& in pr.t.de hered.quæ ab intest.deferuntur.* Sed etiã is qui licet testamentum jure fecerit, quod postea neq; ruptum, neq; irritum factum sit neq; destitutum, tamen tutorem nullum liberis dederit, vel dederit quidem, sed is ante testatorem & filio adhuc impubere decesserit ut *hic* §. *quod autem & l. 6.D.de leg.tut.* His igitur casibus tutela leg. defertur agnatis. Ratio est, quia ad eosdem etiam successio pertinet ab intestato, quæ ratio non solum in hac specie legitimæ tutelæ, sed etiam in cæteris valet *l.1.in pr.& l.3.D.de legit.tut. & l. in t. de legit.patro.tut.vers.cum & agnatos.*

Summa providentia inquit Vlp. ut qui sperarent successionẽ iidem tuerẽtur bona

bona ne dilapidarentur. Quo pertinet *R. I. in l. 73. D. de R. I. quæ & I. affertur in d. t. de leg. patro. in verſ. quia plerunque l. 5. C. de curat. furioſi.* Plerunque ubi ſucceſſionis eſt emolumentum ibi & tutelæ onus eſſe debet. Nam ſecundum naturam eſt eum ſequi incommoda quem ſequuntur commoda *argumento l. 10. ff. de R. I. cap. qui ſentit de R. I. in Sexto §. placebat in fine I. de leg. agn. ſucceſſ.* Eſt enim abſurdum alium commoda habere, alium onera ſuſtinere, ut *ait Paulus in l. 15. §. ult. ff. de leg. præſt.* Quæ tamen regula fallit in fæminis, ad has enim heredi-tas quidem pertinet ab inteſtato, tutela verò non item *l. 1. §. 1. & l. 3. §. ſi duo D. de leg. tut.* De quo plura *I. d. t. de leg. patron.* Nam tutela eſt munus maſculorum & officium virile, ut *ſup.* quoque dixi. Excipitur Mater & avia, quæ in liberorum ſuorum tutela præferuntur omnibus tutoribus tàm legitimis, quam dativis; nō tamen teſtamentarijs, ſed ita ſi ſecundis nuptijs & SCto Velle: renunciaverint *Nov. 94. cap. 2. & Nov. 118. c. 5.* unde ſumpta eſt *auth. matri & aviæ cum 2. ſeq. C. quando mulier tut offic. fungi poßit,* & hoc jus comprobavit reform. Norib. *t. 33. l. 2. & t. 39. l. 3.* Ratio exceptionis eſt ſumma affectio & pietas harum perſonarum. Olim Mater ita demum poterat tutelam liberorum ſibi petere, ſi nulli eſſent, neque legitimi neque dativi tutores, etſi ſacramento eiuraſſet ſecundas nuptias. Hodie hoc ſacramentum ipſi remittitur *auth. ſacramentum C. quando mulier tut. off. fun. poſ.* Quid ergo ſi plures ſint agnati? ℞. ſi quidem diuerſorum ſint graduum proximior præfertur remotiori, perinde ut in ſucceſſione, ſic etiam in tut. ſui eiuſdem autem gradus ſint ſimul omnes admittuntur *§. ult. I. t. prox. l. 9. D. de leg. tut. §. ſi plures. I. de leg. agn. ſucces.* ubi etiam exponitur, quis proximus dicatur & quo tempore. In fæminis autem non ſpectatur proximitas *l. pen. §. 1. D. de leg. tutor.* Notanda eſt hic obiter differentia inter tutelam legitimam & teſt. ac dativam. Nam legitimi tutores non dantur ut reliqui, ſed ipſo jure exiſtunt *l. 5. D. de leg. tutor.* Rectè igitur Imper. in prin. huius. t. agnati, inquit, SUNT tutores, non autem DANTUR, Erat olim & alia differentia inter illas quo ad ætatem: Legitima enim tutela etiam minoribus 25. annis competebat: cæteræ verò non niſi maioribus committebantur. Sed hoc diſcrimen ſublatum eſt à Juſtiniano *in l. ult. C. de leg. tut.* ut hodie nulla prorſus tutela minori committatur ne legit. quidem aut fiduciaria, quæ pro legit. habetur. Sed ut legit. tutela deferatur agnatis, neceſſe eſt ut capitis diminutio non intervenerit per quam jus agnationis ſublatum ſit *l. 2. ff. de legit. tut. & l. 2. C. eod.* Nam capitis diminutio tam ab initio eſt impedimento, quo minus tut. leg. agnat. competat; quam poſtea ſuperveniens perimit eam, quæ ſemel competit. Unde fit, ut de capitis diminutione duobus in locis agatur primum *hic in §. ult.* cum quo cohæret t. ſequens & iterum *I. ſub. t. quibus mod. tut. finitur.* Agnatio igitur qualibet capitis diminutione non perimitur. Agnatio enim cum ſit introducta jure civili merito etiam tollitur per civilia, qualis eſt capitis diminutio argumento *l. 35. ff de R. I.* Item *hic & in §. minus. I. de hered. quæ ab inteſt. deferuntur*: cognatio autem naturalis eſt *l. 10. §. 1. ff. de grad.* proficiſcitur enim ex jure ſanguinis, quod nullo jure civili dirimi, aut aboleri poteſt. *l. 8. ff. de R. I.* & naturalia ſunt immutabilia *l. 8. ff. de capite minutis §. ult. ſupr. de jure natur.* Dicet aliquis ſi cognatio eſt naturalis, & natu-

ralia sunt immutabilia, ergò ne quidem per maximam aut mediam cap dim. tolli poterit, quod tamen dicitur §. *pen. I. t. prox. l. 7. D. unde cognati l. 2. D. ad SCtum Tert. l. 21. D. de statu hom.* R. non tam ipsa cognatio, sive jus sanguinis, quam ejus effectus, quem jure civili habebat per illas capitis dimimitiones tollitur. Etsi autem olim semper agnatio & proinde hæc tutela legit. minima diminutione tollebatur *l. 7. D. de cap. diminutione.* ubi legendum est, quæ jure antiquo hoc est lege 12. tab proximis personis, hoc est agnatis, deferuntur, ut recte monuit Balduinus: tamen jure novo per constitutiones effectum est, ut non omnino tollatur. Ut ecce, si quis detur in adoptionem extranei; is enim omnia jura pristina in familia Patris naturalis retinet integra, ut *sup. dixi ad §. sed hodie t. de adopt. & §. sed etsi Pater sup. quibus modis jus pat. pot. solv. ex l. pen. C. de adopt.* Sic frater emancipatus cum succedat fratri, ut est *in §. 1. l. de succ. cogn. & l. 11. C. de legit. hered.* merito etiam ad tutelam & curationem ejus vocatur *in l 4. C. de leg. tuto. l. 5. C. de curat. furi.* Sed quod de captis diminutione iam breviter dictum est, ut id melius intelligatur, species ejus distinctius explicandæ sunt, id quod fiet *sub. t. seq.* Semper tamen hoc meminisse debetis, quod & sup admonui, hodie cum vetus differentia inter agnatos sublata sit in successione, idem quoq; dicendum in tutela legitima, proindeq; etiam cognatos non minus, quam agnatos ad tutelam legitimam vocari. Hoc quoque notandum, si cognati tutelam sine justa causa recusent, hoc ipso eos perdere spem futuræ successionis in bona pupillorum ut etiam cautum est *in reform. Norica t. 39. l. 4.*

AD TIT. XVI. DE CAPITIS DIMINUTIONE.

CUm hoc t. conferre potestis *t. D. de capite minutis & Vlp. t. 11. in frag.* I. autem definitio capitis minutionis hic exponitur. Secundo tres ejus species. Tertio qui nō patiantur capitis diminutionē. Quarto quis sit effectus cap. dimi. quo ad tutelas. Reliqua quæ sunt *in §. ult.* supra fere exposui. Caput in jure alias significat personam sive hominem, alias personæ conditionem sive statum. Priore modo usurpatur supra, in definitione tutelæ, & in regula, qua dicimus, noxa sequitur caput, hoc est personam sive hominem ipsum, qui noxam nocuit, seu damnū dedit, ut probabo *l. ad t. de nox. act.* Sic cum dicimus hereditatem distribui in capita hoc est in portiones viriles, *l. in t. de hered. quæ ab intest. & t. seq.* Sic tributum capitis est, quod in singulas personas subditorum imperatur *l. 3. & ult §. Divus D. de censibus,* unde & capitatio dicitur *l. ult. §. pen. D. de muner & honor.* Altera significatio huc pertinet, qua caput idem valet quod status. Initio autem observandum est capitis diminutionem sæpe stricte in jure vsurpari de una tantum specie, qua videlicet familia mutatur, hoc est de minima, ut *l. 7. D. h. t. l. 11. D. de suis & legitimis. l. 3. 5. D. unde cognati l. 4. C. de leg. tuto.*

Est au-

Est autem capitis diminutio in genere mutatio status, ut *hic l. 1. D. eod. l. 2. D. de in integrum restit. Paulus lib. 1. sent. t. 7.* Minuere vel diminuere veteres usurparunt, pro mutare, ut docet *Wilhelmus Fornerius lib. 1. select. juris cap. 26.* Etsi autem status hominis latiore significatione plura complectitur, ut videre est *ex t. D. de statu hominum*: tamen hic ad tria astringitur, quæ sunt libertas, civitas, & familia sive agnatio. Quæ tria *in Eunucho expreßit Terent. cum ait.* Principio eam dico esse liberam, civem Atticam sororem meam, ut ibidem observat Donatus. Proindeq; totidem sunt genera capitis diminutionis, quibus illa tria amittimus nempe maxima, media seu minor, & minima ut hic & *l. ult.* D. *de cap. dim. Ulp. d. t. 11. & Ausonius* triplex libertas capitisq; minutio triplex. Maxima igitur capitis diminutio est cum libertas amittitur & per consequentiam etiam civitas & familia, quæ non cadunt in servos, sed liberorum hominum propria sunt. Quibus autem modis libertas amittatur satis intelligi potest ex superioribus, quæ de caussis servitutis dicta sunt. Hic tria exempla afferūtur, 1. servitus pœnæ. 2. revocatio in servitutem liberti ingrati. 3. venditio liberi hominis. Ulp. etiam alia addit, ut cum quis venerit in census, de quo videte *Cic. pro Cecin.* Item, cum mulier se alieno servo junxerit contra denunciationem Domini ex SCto Claud. *de quo. I. dicemus de succeß. sublata.* Et videte *t. C. de SCto Claud. tollendo.* De captis ab hostibus dictum supra eos habere jus postli. De liberto ingrato, eum à Patrono suo inservitutem revocari posse, est *t. C. de libertis & eorum liberis & l. 30. D. qui & à quibus manum.* ubi docetur quis possit ingrati crimine accusare libertum *l. 6. §. 1. D. de agno. & alend. liberis. l. 12. D. quod metus causa.* Et pulcer est locus Taciti *lib. 13. annal.* Actum est in senatu, inquit, de fraudibus libertorum efflagitatumq;, ut adversus malè meritos revocandæ libertatis jus patronis daretur. Addit deinde rationem quia criminum manifesti meritò ad servitutem retrahi videntur, ut metu coërceantur quos beneficia non mutavissent. Idq; etiam apud Athenienses receptum fuisse testatur *Valerius Maxi. lib. 2. c. 6.* Eleganter D. Chrysostomus *in serm. de lapsu primi hominis. Tom. 1. ed. Venet. pag. 181. b.* Servo peior est, qui patronum post datam libertatem offendit. Beneficiis ingratus est, qui datorem tumoris arrogantià despicit. Sed ex eadem caussa & liberi emancipati ob ingratitudinem adversus Patrem commissam revocantur in potestatem *l. 1.* C. *de ingra. liberis.* Notandus igitur est hic locus quo ex crimine ingrati datur actio. Est & alius de donatario ingrato, de quo in *§. alia vers. sciendum I. de donat.* Media capitis diminutio sive minor est, cum salva libertate amittitur civitas & proinde etiam familia & potestas, quæ est juris civ. hoc fit per deportationem quæ successit in locum interdictionis aquæ & ignis, ut supra exposui *ad t. quibus mod. jus pot. solv.* Ubi & differentiam audivistis inter relegationem & exilium sive deportationem. Deportatione igitur civitas sola amittitur, libertas retinetur, ut *hic & l. 5.* D. *eod. l. 1. §. capitis* D. *ad Tert.* Intellige libertatem naturalem, nam libertas civilis, sive juris Quiritum amittitur deportatione. Quis enim potest jure Quiritum liber esse, qui in numero Quiritum non est, ut ait *Cic. pro* Cec. *Liv. lib. 5.* Et ita videtur accipienda

l. 5. ff.

l.5 ff.de extraor.cogn. quæ alias huic loco repugnare videtur, quam ἀντινομίαν alij aliter solvunt, *vide Baronem hic. Hotom. & Cuiac. hic. Eundem Cuiac. ad Nov. 22. & Iacob. Revar. lib.3. variarum cap.5. Anton. Goveau. lib.1. variarum lect. c.14.* Sed de illa l. 5. mox iterum dicam: solet enim opponi etiam contra numerum usitatum capitis dimin. Minima capitis diminutio est cum status tantũ, hoc est familia mutatur salva libertate & civitate *ut hic & d.l.ult.ff.h.t.* Exemplum est *inf.* in arrogato eiusque liberis, *ut hic & l.3.ff.eod.* Alterum in filio qui post emancipationem retractus est in potestatem propter ingratitudinem ut *sup.* dictum. III. est in emancipatione, cujus ratio est, quia nemo potest emancipari nisi prius in imaginariam servilem causam deductus, per venditiones scilicet, quæ non sunt propria liberorum hominum *d.l.3.§.1.& §.praterea supr.quibus modis jus poss.solv.* Unde libenter dixerim, quia hodie sublatæ sunt imaginariæ illæ venditones, nõ amplius capitis diminutionem afferre emancipationem. Hæ igitur sunt tres species capit. deminutionis: cui enumerationi I. non obstat *l. 1. §. si filius ff. de suis & leg.* Ibi namque magnæ nomine, etiam maxima continetur & media: minor autem appellatur, quæ hic dicitur minima, sic & *in l. 1. D. de usufr. legato.* Ex magnæ causa capite deminutus dicitur deportatus, & magna capitis diminutio dicitur deportatio *in l.1.§.capitis D.ad SCtum Tert.* Deinde non obstat *d l.5. D. de extraord cognit.* Nam ea lex cum tractet hac de re paulo confusius & perturbatius, declaranda est secundum pleniora loca, ut *hunc nostrum t. & d.l. ult. D. eod.* Neqꝫ hoc novum est, ut obscuriora accipiantur secundum clariora, & pauciora secundum plura.

Ad §. servus autem.

Hoc §. & seq. agitur de ijs qui cap. dim. non patiuntur, ut sunt servus, qui manumittitur, & senator, qui ordine movetur. De servo idem ait *l. 3. in fine D.h.t.* Ratio est quia servile caput nullum jus, hoc est statum nullum habet, neque libertatem, neque civitatem, neque familiam, unde fit, ut servus post manumissionem dicatur fieri novus quasi homo *l.27. D. de adim.legatis* & personam habere incipere *l.10.D. de opt.legata*: & eo ipso die statum habere incipit *l.4.D. h.t.* Privatio autem omnis præsupponit habitum, ut vulgo dicitur: capitis diminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit *l. 26.D.de usuf.legat.* De senatore qui senatu motus est agit *l.3.D. de senatoribus.* Fiebat auté hæc motio è senatu, si in censu agendo senator propter turpitudinem aliquam in se admissam à Censore esset præteritus: turpitudinem intellige non tantum sordes, ut quidá interpretantur, *argumento l.9 §.3.D.de arbitris,* sed de qualibet turpitudine & levitate ac dissolutione morum. Quamvis autem constitutum esset l. ovianа, ut præteriti, & loco moti haberentur ignominiosi, *teste Festo, unde & Calistratus d.l.5.* ait existimationem minui, si quis ordine moveatur: unde etiã priusquã restituerentur nec judicare, nec testimonium dicere possunt prohibente id l. Jul. repetund. *l.2.D. de senat.l.12.§.non autem omnes ff. de judicijs*: tamen posteaquam restituti essent non negabatur ipsis aditus ad honores: quinimo legimus quosdam è Senatu eiectos à Censoribus ipsos postea censores fuisse, *vide & Mur. orat.18.de off.judicis.*

Ad

Ad §. quod autem.

Effectus cap. dimin. ſpectatur in pluribus juris articulis, de quibus vide *l. 5. §. ult. cum 5. ll. ſeqq.* D. *h. t.* Hic verò tantum de uno explicatur nimirum quo ad cognationem. Ait igitur maxima quidem ut ſervitute, & media, ut deportatione, tolli jus cognationis, minima autem non item, ſed tantum jus agnationis, quod quomodo intelligendum ſit dixi ſupra, nimirum non quod ad naturalia, ut delicta, & nuptias &c. ſed quo ad civilia, ut ſucceſſiones, & tutelas, Adeò autem cognatio tollitur maxima cap. diminutione, ut ne quidem per manum. recipiatur ut *hic & l. 7.* D. *unde cognati l. 21.* D. *de ſtatu hom. in* qua l. is qui paſſus eſt ſe venundari, poſt manum. non poteſt redire ad ingenuitatem ſed fit libertinus. Ratio cur manumiſſione non recipiatur cognatio hæc eſt: quia certæ ſunt cauſæ cognationis inter quas non eſt manumiſſio, quæ tantum affert libertatem, ut dictum eſt *ſup. ad t. de libert.* Is tamen, qui ex deportatione reſtitutus eſt in integrum, Principis beneficio omnia priſtina jura, atq; ita etiam cognationem recipit, qua de re dixi *etiã ſup. ad §. pari. ratione quib. mod. jus pot. ſolv.* Minima autem cap. decimo quoſnam habeat effectus in perimendis tutelis & ſuceſſionibus explicatur *l. 7.* D. *h. t. & l. 11.* D. *de ſuis & legit. hered. l. 1. §. capitiu* D. *ad Tert. §. ſciendum* I. *de S C to. orfic.* Poſtremò notandum cap. dim quæ Patri contigit non perimere jus liberorum inter ſeſe *l. 1. §. conſanguineos & l. 4.* D. *de ſuis & leg.* Ratio in promptu eſt, quia pæna non debet alios affligere præter auctores culpæ *l. 22.* C. *de pœnis l. 26.* D. *eod.*

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA
AD TIT. XVII.

Altera ſpecies tute. leg. eſt Patronorum; quæ ideo poſterior eſt legitima agnatorum, quia illa eſt Ingenuorum hæc Libertinorum; quomodo etiam infra prius agitur de ſucceſſione Ingenuorum, quàm Libertinorum lib. 3. Eſt & altera ordinis ratio qui ſuperior eſt tàm ex verbis, quàm ex mente legis 12. tab. hæc verò tantum eſt ex mente. Dicitur autem legitima quia etiam ipſa ex 12. tab. deſcendit, ſi non directò ex verbis, ſaltem ex ſententia & mente atq; inter pretatione *Vlp. t. 11. §. 3. l. 3.* D. *de legit. tut.* utrumq; enim rectè dicitur legitimum, & quod ex verbis legis deſcendit, & quod ex mente ac ſententia *l. 6. §. 1.* D. *de V. S.* Nam ſcire leges non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem *l. 17.* D. *de ll.* Iam cum l. 12. tab. ad ſucceſſionem liberti inteſtati vocarit Patronum Inſt. de ſucceſſ. libertorum, per conſequentiam hereditatum etiam tutelam ijſdem delatam voluit, ut ait *d. l. 3.* D. *de leg. tut.* Idq; propter regulam Juris qua dicitur, ad eum pertinere incommodum & onus cujuſq; rei ad quem commodum pertinet ut & *ſupra t. præced. dixi* Unde Imper ait. non eſſe ferendum eum qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit *l. unica §. pro ſecundo C. de cad. toll.* Patronum verò hic accipere debemus non tantum eum, qui manumiſit, ſive hoc ſponte, ſive coactus fecerit, verum

etiã eius liberos masculos qui defũcto Patre tutores legitimi sunt *l. 3. §. 1. & 6. D. de leg. tut.* & Inst de fiduc. tut vers. at qui patrono, sicut alias quoq; liberi Patronorum Patroni vocantur *l. 12. D. de in jus voc.* Excipiuntur fœminæ quæ manumiserunt; nam hæ quamvis succedant, tamen tutelam legitimam non gerunt *d. l. 3. § si duo* D. *de leg. tut. & hic.* Ratio de fœminis exposita est ad t. præced. hîc repetenda.

AD TIT. XVIII. DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Legitima agnatorum tut. tam ex verbis quam ex mente legis 12. tab. descendit. Legitima Patronorum etsi non ex verbis nominatim tamen est ex mente atque interpretatione: sed hæc tertia species, legitima scilicet Parentum neque ex verbis neque ex mente est. proprie ergò non est legitima. Et hoc est quod dicitur *in d. l. 3. §. ult. D. de leg. tuto.* Patrem qui filium impub. emancipat obtinere vicem legitimi tutoris. Ideoque olim tantum duo erant genera legit tutorum teste *Ulp. d t. 11.* Pater autem non semper fiebat tutor legit. impuberis filij quem emancipaverat; sed tum demum si contracta fiducia emancipasset, id est sub hac lege & conditione sibi remancipandi imaginariè vendidisset filium. & tunc Pater fiduciarius tutor appellatur *teste Ulp. d. t. 11. §. qui liberam.* sed hodie h. fiducia in emancipãdo semper intelligitur intervenisse *§. ult. I. de leg. agnat. succes.* Tandem obtinuit ut hæc quoque tut. haberetur pro legitima, ad exemplum scilicet superioris Patronorum *l. 5. C. de dolo malo.* sic & in hereditate Pater emancipator comparatur cum patrono. *§. præterea sup. quibus modis jus.*

AD TIT. XIX. DE FIDUCIARIA TUTELA.

Quarta & ult. species tut. legitimæ est Fiduciaria. Hæc appellatur legitima in *l. 4. C. de leg tute.* quamvis etiam ipsa æque ac superior neque ex verbis, neque ex mente legis 12. tab. sit. Dicitur autem fiduciaria non à contracta fiducia in emancipatione idest ab interposita remancipandi lege, ut ad t. præc. dixi. sed ideo quod jus fiduciam habeat de his personis quibus eam tut. defert, quod pupillorum rebus optimè consulere & possint & velint. Sed quęritur quibusnam ea competat? putant vulgo fratribus tantum: sed falluntur, ut videre licet hîc ex vers. quo defuncto. Nam primo competit Patri si avus nepotem vel pronepotem impuberem emanciparit & mortuus fuerit. Deinde competit Fratribus si Pater filio impubere emancipato decesserit, aliis fratribus maioribus in potestate relictis. Dixi filio emancipato. Nam si omnes Fratres manserint in potestate usque ad mortem Patris, frater maior fratris impuberis non erit tutor fiduciarius, sed legitimus, utpote agnatus. quod jus agnationis in emancipato extinctum est *l. 19. §. D. ad SCtum Vell. l. 9. §. si duobus* D. *de tut. & rationibus distrah.* Tertiò denique competit hæc fiduciaria tutela Patruis, si quis filio impubere emancipato decedat relicto fratre. Sed his omnibus non aliter compe-

competit, quàm si sint perfectæ seu justæ & legitimæ ætatis idest maiores 25. annis ut *hic in vers. ita tamen.* qua de re jam supra dixi Observandum hic justam ætatem in jure variè accipi, nimirum pro subiecta materia. Interdum opponitur pupillari ætati ut in *l.16.D.de jure fisci.* Sic & perfecta ætas alias pupillari opponitur ut in §. *impuber. I. de Attil. tut.* Alias minori ut in *l.1.D.de minoribus.* Sed quæret quispiam qui fiat, quod filius Patris sit tutor fiduciarius fratris impuberis à Patre defuncto emancipati, cum tamen filius Patroni non sit fiduciarius tutor liberti impuberis sed legitimus? Ratio differentiæ redditur hic ab ipso Imperatore, quia non quemadmodum filius patroni succedit in jus Patris sui, & ipse quoque est patronus: ita & Filius in jus Patris sui quod in fratrem habebat succedit: quæ tamen ratio non immerito improbari videtur Cuia. tanquam angustior; non. n. convenit omnibus iis qui fiduciarij tutores appellantur non Patri, non etiam patruo. Postremò initio h. t. observanda est vera lectio: legendum est enim Parens ubi vulgo Pater: ùt recte monuit Cujac. & satis evincunt verba sequentia: Patris enim appellatio est angustior; sed Parentis generalior, qua non tantum Pater sed etiam avus & proavus & deinceps omnes superiores continentur. *l.51.D.de V.S.*

AD TIT. XX. DE ATTILIANO TUTORE ET EO QUI EX LEGE IULIA ET TITIA DABATUR.

Tertia & ultima species tutelæ est dativa, sive quæ à Magistratu constituitur: quæ sub h.t. explicatur. Nam tametsi etiam testamentaria dici potest dativa, quia scilicet testamento detur, *teste Vlp.t.11. & Hot.in parti.ju. civ.* tamen propriè hæc appellatio adhæsit in ea tutelæ specie, quæ à Magistratu constituitur: ut *l.7.D.rem pupilli salvam fore.l.generaliter.C.de Epis.& Cleri.l.ult. C.de legit.tut.* Commodius enim est singulas causas singulis appellationibus distingui. §. *hoc a.casu.vers.sed quia.I. Quib.mod.testa.infir.§.est & aliud vers.sed nos. I.de donat.* Congruit cũ *h.t.t.D.de tut.& curat.datis ab his qui.* Porro duo hic observanda sunt. I. quibus casibus locum habeat tut. dativa. II. à quibus Magistratibus constituatur tàm olim, quàm hodie. Locum habet h. tutela cum vel nullus omnino tutor est, neq; testamentarius neq; legitimus; vel cum is qui est, aliqua ratione impeditur quo minus tutelam statim suscipiat: ut contingit, si tutor testamento datus sit sub conditione, vel ex certo die §.1. *h.t.l.11.D.de testa.tut.* Nam hoc fieri posse sup docuimus §. *ad certum tempus t.qui testa.tuto.dar.poss.* Impeditur etiam tutor testamentarius jacente adhuc hereditate, sive dum heres scriptus non adiit hereditatem, sed adhuc secum deliberat ut hic §.1 *vers. item si pure. l.11. D.de testa.tut.* Quid ergò si heres repudiet vel omittat hereditatem? tunc locus erit tutelæ legitimæ, non autem dativæ. Præterea si tutor testamentarius vel legitimus captus sit ab hostibus quamvis stricto jure tutor esse desinat. *l.7.§.1. & l. 8.D.de tut.& rati.distr.* tamen propter spem postlim. quod utilitatis causa receptum esse supra dixi, jus ejus est in suspenso: tunc interim alius à Magistratu tutor datur, *ut hic §.ab hostibus l.1.§.si apud hostes.D.de leg.tut.*

Deniq; si tutor absit Reip. causa *l.9.in pr. D. de tut. & rat. distra. l.1. C. in quibus causis tutor. hab. tut. dari poss.* qua de re etiam I. sub t. de excus. tutorum. Sed omnes hi tutores sunt temporarij, ut ait *Vlp. l. 2. D. de tut. & rationibus.* Desinunt enim esse Tutores existente conditione, vel die veniente, vel si heres adeat, vel captivus in civitatem revertatur ut *hic §.1.& 2.* De Magistratibus qui tutores dare soleant his casibus distincte agit Imper. secundum tria diversa tempora ac loca, quæ sunt Urbs Roma, provinciæ & municipia, seu civitates. Initio autem in genere sciendum tut. dationem neq; imperii esse, neq; juris dictionis, sed ei soli competere, cui nominatim hoc dedit lex, vel S C tum, vel Princeps *l.6.§.tutoris D. de tutelis.* Primis igitur temporibus l. Att. tutoris dandi potestatem tribuit Prætori urbano, & maiori parti tribunorum plebis, idq; in urbe. Lex Jul. & Tit. in provinciis præsidibus earum ut *hic & Vlp. d. t. 11. §. l. Attil.* Prætor urbanus dicitur ad differentiam peregrini, quorum ille inter cives, hic inter peregrinos jus dicebat *l.2.§.cumq; consules* D. *de ori. jur.* Maior pars tribunorum sunt 6. Erant. n. 10. tribuni plebis, *teste Livio lib.2.& 3. Halicar. lib.6.* 10. *l.2.§.ergo ex his* D. *de ori. ju.* Et hæc de primo tempore. Secundo jus dandi tut. Consulibus tributum est ab Imperatore Claudio *teste Suet. in eius vita* l.1. D. *de confir. tutore.* Deinde Prętor institutus est à D. Marco teste Jul. Capitolino, qui ob id peculiari nomine dictus Prætor tutelaris, & ita nominatur *in l. 1. C. de tut. ill. personarum l.3. & 4.* C. *Theod. de tutor. l.3.5.& 9. D. de excus. tut.* Et tamen Prætor urbanus nihilominus idem jus retinebat, ut apporet ex *Vlp. d. t.* 11. Imo & præfectus urbi *l. pen. §. Romæ D. de excus. l.7.§.1. D. de susp. l.1. in pr. D. de offic. præfecti urbi. l. ult. D. de officio præf. vigilum.* Hi ergo tunc dabant tutores, & quidem ex inquisitione. Deinde cum satisdatione, ré pupilli salv. fore, de qua plura dicam I. *ad t. de satisda. tut.*

Tertio ita ut Magistratus cogant tutorem ad suscipiendum tut. ejusq; administrationem si forte recuset; nam tutela est munus publicum *init. t. I. excus.* tut. Munera autem publica sunt necessaria, nisi si quis justam causam sese excusandi habeat, Cogitur. a. non tantum Dativus sed quilibet Tutor, & quidem cogitur his remedijs, ut mulctæ dictione, pignoris capione, carcere *l.1.5.§.gessisse D. de admin. tutorum. l 9. D. de muner. & honor. l.3. D. de. susp.*

Ad §. jus novum.

Tertium tempus etiá jus est sub Imperatore Justiniano quo Romæ quidem præfectus urbi vel Prætor tutelaris, vel quæstor Justinianus *ex nov.* 80. *dant* Tutorem: in provincijs vero præsides & eorú legati: in municipijs Magistratus municipalis, sed jussu præsidis ad quem nomina Tutorum transmittere debent. Quod postremum Imperator non nihil correxit propter causas, quas hic exponit & in *l.30.* C. *de Episc.* audi. nimirum propter impensas & difficultates ea in re minuendas, ut Præsidis jussio non sit amplius neaessaria, si facultates pupilli non excedant 50. solidos, idest, aureos. Sed ut eius loco adhibeantur defensores civitatum, qui apellantur Ecdici *in d.l.30.* Et ejusdem civitatis Episcopus. Observandum hoc loco Magistratus absolute dici solere Magistratus municipales: sed Magistratus Urbani vel Provinciales cum adiectione appellantur Magistratus populi Romani ut *t. t. ff. & C. de Magist. conven.*

Erant

Erant autem defensores civitatum quasi tribuni quidam plebis, de quibus extat *t. in* C. *lib. 1.* sicut Duumviri erant quasi Consules, & Decuriones sive Curiales, quasi Senatores. Observandum hic etiam verbum solidi, idem valens, quod aureus, ut *hic & alia vers. & cum retro l. de donationibus*. Quod autem hic ait de legit. cautela, id est, de satisdatione à tutoribus præstanda eorum periculo qui satis accipiunt, de eo explicabitur. *l. in §. sciendum t. de satisdat. tut.* ubi de actione subsidiaria, quæ in Magistratus datur. §. *penul. h. t. expositus est sup. in definitione tutelæ.*

Ad §. ult.

Posteaquam singulas species tutelæ Imperator exposuit pergit ad ea quæ omnium tutorum communia sunt: ea sunt I. administratio ex eaque nata obligatio & actio. II. auctoritas. Nam in his duobus in administratione inquam & auctoritate præstanda tutoris officium consistit, & quidem de auctoritate *infr. t. prox.* de admin. vero hic obiter tantum agitur. Quæ vero sint ejus partes prolixe explicatur *in* D. *&* C. *proprio t. de administ. & periculo Tutorum.* In administratione illa Tutor est loco Domini *l. 27.* D. *de admin. tuto. l. 7.* D. *pro emptore.* Ex administratione porro nascitur obligatio, tanquam ex quasi contractu, ut latius explicabitur *inf. §. tuto. quoque de oblig.* quæ ex quasi contractu. Ex obligatione oritur actio, eaque ferè duplex: tutelæ & rationibus distrahendis. *l. 1. & l. 21.* D. *de tut. & ration.* Ea tamen actione non solum ij tenentur, qui administrarunt, sed etiam cæteri, ut Tutores honorarij. Nam ad hos quoque periculum pertinet *l. 3. §. cæteri* D. *de administ. tutorum. l. 14. §.* D. *de solutionibus l. 55.* D. *de adm. tut.* Hæc autem actio non ante datur, quam finita sit tutela, videlicet vel pubertate, vel aliis modis, de quibus *I. t. 22. Idem ait l. 1. §. ult. l. 4. in pr. D. d. t. l. 9. & l. 16. cum seq* D. *de tut. & rationibus.* Ubi & ratio, quia absurdum erat à Tutore rationem reposci administrationis negociorum pupilli in qua adhuc perseverarit, sic etiā contraria actio tutelæ non datur Tutori nisi finito officio. *l. 1. §. finito* D. *de contraria tutela & utili actione.* Alia verò lites quæ non sunt de tutela præsenti, sed ex antiquiore aliqua causa inter tutorem & pupillum agitari possunt. Jure tamen Saxonico Tutores omnes quotannis rationes administrationis suæ reddere coguntur, sicut & statutis Noricis vide *constit. 11. Elect. Augusti parte 2. & reformationis t. 33. & 39.* Imò & ex generali Constitutione Imperij à Carolo V. Augustæ Anno 1548. promulgatâ.

AD TIT. XXI. DE AUCTORITATE TUTORUM.

Satis jam dictum est de causis constituentibus Tutorem quæ sunt Testator, Lex, & Magistratus. Sequitur de tutoris ita constituti officio: quod ut paulo antea dicebam positum est & in administratione rerum pupillarum, & in auctoritate: quanquam auctoritas dici potest pars administrationis vide *Ulp. t. 11. §. pupillorum.* De autoritate igitur *hic agitur & in* D. *t. similiter concepto, & in* C. *t. de auto-*

de autoritate praestanda. Auctoritas in jure alias idem est quod dominium *ut in l. 12. tab.* Huius meminit *Cic. pro Cecin. & in top.* Usus auctoritas fundi biennis, caeterarum rerum annuus esto. Sic in altera l. cuius idem Cic. meminit *1. de off.* adversus hostem aeterna auctoritas esto. II. Significat etiam actionem de evictione ut *in l. ult. D. de evict. & apud Paul. lib. 2. sent. t. 17.* Auctor enim est venditor à quo emptor jus suũ accepit *l. 51. D. de evict.* Vel etiã generaliter omnis ille à quo jus in nos transit ut in R. I. non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus fuit. Hinc instrumentum auctoritatis dicuntur literae quibus continetur venditio *l. ult. D. de pignor. actione*. Sed illae significationes huc non pertinent. Hic enim autoritas est approbatio: & auctorem fieri nihil aliud est quam dicere, se probare id quod agitur *l. 3. D. h. t.* Quod etiam uno verbo dicitur auctorari *l. 4. D. d. t. l. 9. D. quod falso tut. auctore*. Vide pleniorem definitionem apud *Cuiac. in para.* C. Initio autem observandum est auctoritatem propriam esse tutorum; non verò Curatorum (nam horum est consensus) neque etiam Patris, qui quamvis filium impuberem in potestate habeat, tamen eum obligare sicut tutor pupillum, non potest *§. pupillus. I. de inut. stip.* Videamus igitur. I. quãdo tutoris auctoritas necessaria sit, quando & in quibus causis non sit, ubi simul obiter dicemus de obligat. pupilli. II. quomodo auctoritas interponenda sit. III. quid fieri debeat si inter ipsum tutorem in pupillum lis instituenda sit. De primo Imper. h. regulam tradit, quam postea exemplis declarat. Tutoris auctoritas in iis causis est necessaria, ex quibus conditio pupilli fit deterior: non est necessaria in iis ex quibus fit melior ut *hic & §. nunc admonendi. I. quibus alienare licet, vel non §. pupillus. I. de inut. stip. l. 28. contra* D. *de pactis.* ubi haec juris civilis regula esse dicitur. *l. 9. D. h. t.* Fit autem conditio pupilli deterior non solum, si quid alienet, ut si servum manumittat, si donet, si solvat, sed etiam si alteri se obliget. Melior fit si ipse rem aliquam sibi acquirat vel alium sibi obliget. Ratio utriusque partis in superiori regula est manifesta, prioris quidem quia hoc postulabat favor pupilli cuius infirma est aetas & lubricum consilium, adeo, ut sine tutoris auctoritate, nec velle nec nolle credatur ut habet R. I. *l. 189. D. de R. I. & l. ult. D. de manum. vindicta.* Posterioris membri ratio haec est, quia quod in favorem alicuius introductum est, non debet in eius laesionem retorqueri *l. 6. C. ll* Potest igitur pupillus stipulando sibi alterum obligare, quia stipulatio est contractus tantum ab uno latere obligatoris. Sunt enim hi tituli merè lucrativi: *ut inf. lib. 2.* dicetur. Potest etiam accipere donationem & legatum: potest & mutuum, sed ita ut ipse ex eo non obligetur. Sic potest pupillus omnes illos contractus sine auctoritate Tutoris celebrare, qui ultro citroque obligationem pariunt & *συνάλλαγματα* vocantur à *Labeone in l. 19. D. de V. S.* Sed hoc ita, ut ipse pupillus alios sibi obliget, vicissim autem non obligetur sine tutoris auctoritate. Ergò si quis emerit rem à pupillo, ipse quidem obligatur pupillo, sed pupillum sibi obligatum non habet *l. 7. §. 1. D. de rescin. vend. l. 13. Iulian. §. si quis à pupillo* D. *de act. empti.* Idemque est in aliis quoque contractibus, ut in societate *l. 33.* D. *pro socio.* Obligatur tamen pupillus ex communiter gesto *d. l. 33.* ut ita hoc casu maior sit vis Improprii quam proprii, hoc est, quasi contractus quàm veri

veri contractus. Sic potest pupillus sibi sine autoritate Tutoris acquirere quolibet illorum modorum, de quibus *lib.2.* explicatur. Aliud est dicendum in hereditate. Nam cum heres adeundo obligetur ex quasi contractu omnibus creditoribus defuncti & legatariis ad solvendum æs alienum & præstanda legata, etiamsi hereditas non sit solvendo, ut audies *in §.heres.I.de obl.quæ quasi ex contr. nasc.& l.8.D.de acquir.hered.* Pupillus vero alteri obligari non possit: necesse est ut accedat tutoris auctoritas *ut hic in § neq; tamen l.9.§.3.D.h.t.d.l.8.D.de acquir. hered.* Hereditati porro comparatur bonorum possessio & hereditas fideicomm. *l.9.§.nec ex SCto & l.11. D.h.t.* Quid si hereditas sit locuples ut pupillo lucrosa fore videatur? ℞. Ne hanc quidẽ sine tutoris auctoritate adire poterit *d.l.9. & 8.* Nam cum hereditas plerunque sit damnosa, *argumento l.32. D. mandati*, melius est plane removere & arcere pupillum propter damni & æris alieni periculum, quàm illum admittere incerta spe lucri. Imò etiamsi certo constet hereditatem esse locupletem, esse lucrosam: tamen multas habet vexationes & molestias, offensas, & insidias, ut eleganter ait *Vlp.l.4.D.ad SCtum Treb.* Sed quod de hereditate dixi, id accipiendum est de hereditate extranei pupillo delati: Nam si à Patre scriptus sit heres, nõ est opus aditione: sed ipso jure velit nolit heres existit: Est inquã heres suus & necessarius. *§.sui autem.I.de hered.qual.& diff. & §.sui autem heredes.I.de hered. quæ ab intest.l.1.§.qui sunt in potestate D. si quis omiss. causæ testam.* De obligatione autem pupilli sine tutore in universum scire debemus, eum ex contractu nunquam obligari civiliter: ac ne naturaliter quidem , nisi quatenus locupletior factus est ne videlicet contra naturã cum alieno damno lucretur. Huic distinctioni fundus est in *l.5.§.1.D.h.t.in l.13.§.1. & l.seq. l.41. D. de condict.indebiti, inque l.47.l.95.§.aditio D.de solut.* & aliis quoque locis, accommodanda est ut *leg. 59. D. de obl. & Act. l.127.si pupillus D. de V.obl.l.21.si pupillus D.de l.Falci.l.64.si eius pupill.D.ad SCtum Treb.l.16.§.fidejussor D.de fidejuss.l.44. D.de solut.l.1.in fine D.de novati: l.25.D.quando dies legatorum.* Et ita intelligendum est quod ait Theoph. *in pr.t.I.de fidejuss.* pupillum qui mutuum acceperit sine tutoris auctoritate, naturaliter obligari. Observandum autem est ex naturali illa obligatione pup. etiam actionem dari contra ipsum, sed utilem tantum *l.3. in pr.D.commod.* cum alias ferè naturalis obligatio non sit efficax ad agendum. Atq; hæc de oblig pupilli ex contractu: ex delictis autem pupillus si sit pubertati proximus & doli atq; cõtumeliæ capax omnino & efficaciter obligatur ad pœnam. *l.111.D.de R.I.* licet mitius puniatur ob ætatis infirmitatem. Qua de re plura dicam. *I.ad §. impubes t.de oblig. quæ ex delictis.*

Ad §. Tutor autem.

In autoritate præstanda hæc observari debent primo, ut in ipso negocio sive in re præsenti à Tutore præsente interponatur ut *hic & d.l.9.§.penult.D.eod.* Ergò rati-habitio postea perfecto jam negocio subsecuta hic non admittitur: quamvis alias ea retro trahatur & mandato comparetur, neq; per epistolã tutor auctorari potest, ratio est, ut tanto melius pupillo consulatur. Ipsum, inquã, Tutorem præsentẽ esse oportet: nec satis est corpore præsentẽ esse, nisi sit etiã animo *l.1.§.ult.*

l.1.§.ult.D.h.t.argumento l.26.D.de captivis. Eius verò qui cum pupillo contrahit præsentia necessaria non est *d.l.9.§.ult.* II. opus est ut tutor expressè consensum accommodet pupillo:non enim sufficit silentium & tacita approbatio ideoque mutus & surdus tutores esse non possunt, alter enim loqui non potest, alter audire non potest *l.1.§.ult.D.de tutel.* III. oportet purè interponere auctoritatem non sub conditione etiamsi fortè contractus ipse qui cum pupillo geritur esset conditionalis *l.8.D.h.t.* Si horum aliquid negligatur, perperam adhibetur autoritas, & perinde est ac si non fuisset adhibita *l.2.D.h.t.argumento l.6.D. qui satisdare cogantur.* Quid si plures sint tutores, omnes ne actores fient an sufficiet auctoritas unius? ℞. hac de re est *l.ult.C.h.t.*

Ad §. ult.

Si pupillus litem habeat cum alio, ipse sine Tutore non habet legitimam personam standi in judicio: Tutore autore potest tam agere quam conveniri *l.1. & 2.C. qui legit. pers.* At si lis sit inter pupillum & Tutorem ipsum (intellige nō de ipsa tutela, de qua non ante datur actio quam ea finita sit ut *ad finem t. praeced.* dixi, sed ex alia causa) & pupillus alios Tutores non habeat; hodie Curator ad litem, & quidem invito ipsi datur, cum olim daretur tutor Prætorius *ut hic & Ulp.t.11.* De hoc autem Curatore est *t.C.de in litem dando tutore vel curat.* Ratio est quia ipse Tutor in rem suam auctor fieri non potest: quæ R I. esse dicitur. *l.1. D.h.t.l.5.& l.7.D.eod.* In rem suam, id est, pro utilitate sua: sicut dicimus esse procuratorem in rem suam. Sed hæc regula intelligenda est directò & prima ratione: per consequens verò potest quis autor fieri & in rem suam V.G. si pupillus hereditatem adeat Tutore auctore ex qua Tutori aliquid debetur. Olim non dabatur Curator ad litem, sed Tutor requirebatur, quia quæ solennia sunt & legitima, ut & judicia, in iis non poterat intervenire Curator, sed Tutor *l.19.D.h.t.l.17.§.1.D.de appell.l.ult.C.de in litem dando Tutore vel Curat.* Posteà verò cum judicia cæpissent fieri extraordinaria & vetus solennitas in desuetudinē abiisset etiam Curator ad litem dari potuit *§.ult.I.de interd.& in t.I.§.1. de success. sublatis.* Quæritur ad h.t. de pupillo an possit sine tutoris auctoritate bona sua in feudum dare. Plerique distinguunt inter feudum vetus seu antiquum & novum, & ajunt, posse quidem illud sed hoc non item: ratione hac utuntur quia antiqui feudi concessio non tam sit alienatio rei quam renovatio feudi, & quidem necessaria, ad quam scil. pupillus cogi possit, *vide Zasium in epit.feud. parte 5.n.37.& Ferrarium lib.2.de feud.c.1.Baldum Alvarot.& alios ad c.1.§. novi per quos fit investitura.* Sonsbeckius tamen contendt ne quidem vetus posse pupillum concedere sine tutoris auctoritate *parte 6.n.19.& seq.* Idque consultus videtur pupillo. Sed num feudum accipere potest pupillus? & hoc quoque contra communem opinionem negat idem Sonsbec. *parte 7.n.3.& seq.* Quia scil. feudo aliquis obligatur seniori seu Domino tametsi non ratione rei, tamen ratione personæ: at pupillus sine tutore obligari nequit. *Vide Partitiones nostras Feudales.*

AD

AD TIT. XXII. QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Dictum est quomodo Tutores constituantur, & quodnam sit eorum officium, sequitur justa ratione ordinis, ut videamus quando Tut. esse desinant, de quo *sub h.t. explicatur & in l 14. D. de tute. & t. C. quando Tutores & Curatores esse desinant*. Ex cuius *t. l. 2.* primum hæc regula notanda est. Ex sola voluntate pu pilli non finiri officium Tutoris. Nam Tutor datur invito, ut supra dixi. Exponuntur igitur hic aliquot modi finiendæ tutelæ, quorum aliqui sunt communes pupillorum & Tut. alii horum, aut illorum proprii. Primum pubertate pupilli, pupillæve finitur tutela, *ut hic in pr. l. 1. C. d. t. Vlp. d. t. 11. §. ult.* Nam ut ab initio Tutor non potest dari puberi *l. 26. D. de Tut. & Curat.* ita impuberi datus desinit esse Tutor eo casu existente à quo incipere res non potuit, id est, pubere facto. Dicitur autem tunc pupillus in suam tutelam venire *init. t. I. de pup. subsist. l. 5. §. 2. D. quibus ex causis in poss. eatur l. 50. in pr. D. de legatis 3. l. 54. D. de hered. instit. Cic. 1 de orat. & in Bruto, & alibi.* Sic loquitur *Corn. Nepos in Eumene*: Quo ad liberi eius in suam tutelam pervenissent. Item dicitur pupillus suæ ætatis factus *l. 3. C. de test. tute.* sicut suæ potestatis esse dicitur Paterf. *l. 1. C. de liberis exhib. l. 2. C. ad SCtum Maced.* Et hac in re differt tut. pupillaris à muliebri: hæc enim non finitur pubertate, ut supra dixi. Ratio cur pubertate finiatur tutela est, quia jam firmior nonnihil est ætas & maturius consilium, ut sibi ipsi jam prospicere possit: Quo pertinet quod Tertullian. scribit in *lib. de Virgin. Veland. cap. 11.* Tempus etiam Ethnici observant, ut ex lege naturæ jura sua ætatibus reddant: nam fæminas quidem à XII. annis, masculum vero à duobus amplius ad negocia mittunt, pubertatem in annis non sponsalibus aut nuptiis decernentes. Materfamiliæ vocatur licet Virgo & paterfam. licet investis. *Et in lib. de anima, cap. 38.* A quarto decimo ferè anno jura civilia agendis rebus attemperant. Quia tamen nondum plane confirmatum est judicium *l. 1. & 24. §. 2. D. de minor.* ideo Curatores dantur minoribus seu adolescentibus, ut dicam *I. t. prox.* Sic & pupillaris substitutio evanescit atque exspirat pubertate, cum quis eo tempore sibi ipsi testamentum facere possit *§. masculo. I. de pupil. substit* Dices pubertatem esse facti & naturalem tutelam esse Juris: Naturalia autem & quæ sunt facti non debent tollere ea qub sunt juris. Resp. I. cum pubertas sit circumscripta certo termino & spacio temporis, etiam ipsa quasi naturam aliquam Juris induit. II. cum tutela in favorem & commodum pupilli introducta sit *§. impuberes sup. t. prox.* non debet in eius odium & læsionem retorqueri *argumento l. quod favore C. de legibus.* Hoc autem fieret si ulterius porrigeretur tutela. Nostris tamen moribus passim receptum est, ut tutela non finiatur 14. sed vel 18. vel 20. anno ætatis: Iidemque fere sunt Curatores qui & Tutores. Sic etiam apud Athenienses 20. demum anno Adolescentes liberabantur tutela, ut testatur Demost. Porro quomodo æstimanda sit pubertas tàm in maribus, quàm in fæminis dictum est *sup. init. t. de nupt.* non, inquam, ex turpi

inspectione corporis, sed ex annis in fœminis 12. in maribus 14. *l. ult. C. quando Tuto. esse desinant.* Qua de re observa honestissimam sententiam Ennij quam commemorat *Cic. 4. Tuscul. in fine.* Flagitij principium est nudare inter cives corpora, & *Val. Maxi. lib. 2. de instit. antiquis, & Cic. lib. 1. offic. Tertull. in lib. de virgin. velandis.*

Secundus modus finiendæ tutelæ est omnis cap. diminut. quæ pupillo contingit: sed capitis diminutione Tutori contingente tantum maxima & media extinguitur; minima non item, ut *hic* § *item finitur* §. *sed & capitis l. 14. §. 8. D. de tut.* Et primo quidem arrogatione pupilli, quæ est minima capitis diminutio, tutela finitur. Quia per hanc is qui antea sui juris, suæ potestatis, & paterf. fuerat, fit filiusf. ut dictum *sup. t. de adop.* filiusf. verò non est in tutela cum sit in potestate patria *argumento l. ult. C. de sententiam pas. & restit.* adeo ut ne quidem filio capti ab hostibus tutor dari possit *l. 6. §. ult. D. de tute.* Tutela inquam est vis & potestas in capite libero, id est, in homine qui sit sui juris §. 1. *sup. de tute.* Sed qui se arrogandum dedit non amplius est sui juris, sed alieno juri subjectus. II. Deportatione quæ est media cap. diminutio seu minor, extinguitur tutela *d. l. 14. in pr.* Ratio est quia per eam amittitur civitas §. *minor sup. de cap. dim.* & proinde etiam tutela quæ est juris civ. *d. §. 1. sup. de tute.* Possunt autem impuberes si doli sint capaces & pubertate proximi ex delictis suis obligari ad pœnam ut *sup. dixi t. prox.* Vide Philip. Decium ad *l. 111. D. de R. I.* III. Servitute pupilli, id est, maxima cap. diminutione finitur tut. Servitute intellige vel pœnæ, vel alia ut si pupillus cum esset libertus ob ingratitudinem revocatus sit in servitutem à Patrono: itẽ quæ ex captivitate contingit. Ratio est, quia tutela non est servorum, sed liberorum hominum propria ex definitione tutelæ. Et hæc de cap. diminutione pupillo cõtingenti. Tutoris verò cap. diminutione maxima, ut servitute etiam finitur tut. ob eandem rationẽ quæ modo dicta est. Quod si tutor ab hostibus capiatur ipso quidem jure tutelam finitam esse dicendum est, ideoque alium dari tutorem *d. l. 14. §. aliis D. de tute.* Sed benignitatis & utilitatis causa jure postli. tutela recipitur, quod & sup. explicavi ad §. si ab hostibus sup. de Attil. Tut. Per postliminiũ namq; omnia pristina jura recipiuntur atq; ita etiam tutela §. *si ab hostibus supr. quibus mod. jus pot. solv. l. 12. D. de capt. & postlim. rev.* Cur deinde capitis diminutione media, ut deportatione Tutoris tutela finiatur ratio jam dicta est, quia tutela est civium & in cives. Deportatus autem amisit civitatem & omnia civilia. Denique cur minima capitis diminutione, id est, arrogatione Tutoris non finiatur tutela §. *sed capitis. vers. minima h. t.* Ratio hæc est, quia per eam nihil accidit Tutori, quod prohibeat quo minus sit tutor, nam & filiusf. Tutor esse potest *init. t. sup. qui testam. tut. dar. poss. l. 9. D. de his qui sunt sui.* Legitima tamen tute. sive quæ ex 12. tab. defertur proximis agnatis per eam cap. diminutionem finitur *l. 2. C. de leg. tutel. l. 7. D. de cap. diminutis,* cuius l. veram lectionem *sup. ad § fin. tit. XIV. qui test. tut. dar. pot.* indicavi ex Balduino. Excipitur Frater emancipatus, qui manet Tutor legit. fratris sui impuberis non emancipati ut sup. dixi ex *l. 4. C. de leg. tute.* sicut & eidem succedit *l. 11. C. de legit. hered.*

Ad §.

Ad §. Sed etsi & § praeterea.

Tertius modus fin. tut. hic affertur. Recte autem ait Imperator si Tutor testamento datus sit usq; ad certam conditionem, & ad certum tempus cum Tutorem esse desinere existente illa conditione vel tempore elapso. Idq; supplendum est in *d.l.14.§.3.& ult.D.de tute.* Nam, ut dixi sup. ad certum tempus *t.qui test.tutor.* Soli testamentarii Tutores ita dari possunt, non dativi, non etiam legitimi. Cur autem his casibus tutores esse desinant, ratio pendet ex voluntate defuncti, quae stricte observanda est, is autem diutius tutorem esse noluit *l.3 §.1.D. de adm. tutorum:* Quaeritur an his Tutoribus succedant postea legitimi, an vero dativi? De eo vide *l.11.D.de testa.tute.& l.4.C.in quibus cas.tut. haben. alius detur.*

Ad §. Simili modo.

Quarto, morte cur finiatur tutela pupilli quidem, haec est ratio, quia nulla superest persona, quae defensione amplius indigeat. Tutoris verò quia certae personae industria fides & diligentia electa fuit: magna autem est differentia inter hominum ingenia *argumento l.inter artif.D.de solutionibus.* Deinde quia personalia omnia cum persona extinguuntur *argumento l.privil.D.de R.I.* Haeres igitur in ipsam tutelam non succedit *l.14.§.1.D.de tute.* tametsi actio tutelae in ipsum transeat, tam directa quam contraria ut dicam *ad t.antep.lib.3.* Sic & societas ad heredem non pertinet *§.solvitur.I.de Societ.* Tametsi actio & obligatio pro socio ei & in eum detur.

Ad §. ult.

Hic §. breviter proponit quae latius explicabuntur *inf.t. penult.& ult.*

AD TIT. XXIII. DE CURATORIBUS.

Sicut pupillarem aetatem proxime sequitur pubertas, seu adolescentia, sic tutelam sequitur cura vel curatio, utroq; enim vocabulo hoc munus appellatur Horat. etiam tutelam usurpat pro cura *lib. 2.serm. in Saty.* Interdicto huic omne adimat jus Praetor, & ad sanos abeat tutela propinquos. Exponitur autem hic quibus & à quibus, quando & quomodo Curatores dentur, unde simul intelligemus, quot sint species curationis. In D. de tutor & cur. saepe conjunctim tractatur iisdem titulis. Sed hic in institu. facilioris doctrinae causa separantur: Initio autem hic aliquot differentias observabis inter Tut. & Curat. inter tut.& curam. Primum igitur differunt ratione personarum, quae in potestate habentur. Nam Tutor datur pupillis & tutela finitur pubertate. Sed Curator datur puberibus sive adolescentibus, item datur furiosis & prodigis. 2. Tutor etiam invitis pupillis datur *l.6.D.de tutor.& curator & dictum est sup.* Curator autem non datur invitis adolescentibus, excepto uno casu, nimirum ad litem. *§.item inviti I.h.t. 3.* Tutela ex ll. 12.tab. descendit: curatio partim ex ll. 12. tab. partim ex constitutionibus. 4. Tutela est triplex; sed curato hodie tantum est dativa, ut mox dicam.

5. Tutor testamento dari potest: curator non item *l.7.C.de testam.tut.§.dantur vers.sed curat.I.h.t. 6.* Tutor datur personæ: Curator patrimonio sive rebus, vel etiam uni certæ rei, vel causæ §. *certa sup. qui testam. tut.§.datus.I.de excus. tut. §. item inviti vers. curator.n. inf.h.t.l.20.D.de ritu nupt.l.8.C.eod.l.12. D. de adm. tutorum,& l.7.in pr.de curat.furiosi. 7.* Tutor ventri non datur; sed Curator *l. 20. D.de tuto.& cur.* 8. Tutorem habenti tutor dari non potest, sed Curator potest. *§.interdum inf.h.t.l.9.C. qui dar.tut. 9.* Maior est potestas tutoris in pupillum, quàm Curatoris in adolescentem *d.l.8.C.de nup.* 10. Tutor præstare debet autoritatem pupillo, si is obligari debeat, *ut sup.dictum de auth.Tut.* Sed ut minor obligetur nō est necessaria Curatoris auctoritas *l.101.D.de V. Obl.l.3.C. de in Integrū rest.min.* 11. Tutor intervenire debet in expediendis iis, quæ sunt solennia: hæc autem per Curatorem expediri non possunt. *l.19.D.de auctorit.Tut.l.17. D. de appell.* 12. Mater si negligat liberis suis impuberibus tutores petere, punitur, ut dicam *inf. in §.sed quemadmodum t. de SCto Tert.* Sed si Curatorem non petat liberis puberibus, non punitur, vide *l. 1. D. qui petant Tuto.l.6.C.eod.l.2.§.si Mater & §.quid si Curatores D.ad SCtum Tertull.* 13. Tutor tenetur pupillo actione tutelæ, quæ est generalis & de universis rebus, nec competit nisi finita tutela: Curator verò tenetur adolescenti actione negociorum gestorum, quæ sæpe est specialis, & de uno tantum negocio: & datur etiam durante adhuc curatione §. *ult. sup.de Attil.tut. l.4.in pr. D.de tut. & ration. dist.* 14. Tutela finitur pubertate, hoc est, in fæminis 12. in maribus 14. anno ætatis: Cura vero tam in maribus quàm in fæminis anno 25. Definiri potest Curatio quod sit potestas in bona eius, qui propter ætatem, vel furorem vel profusionem, vel morbum aut vitium corporis, aliasve causas ipsemet bona sua administrare nequit lege aut à Magistratu data *Mart. Anton.* Delrio sic definit *ad l. contractus* D. *de R.I.cap.13.* Quod sit potestas administrandi bona ejus, qui vel ætatis vel mentis corporisve vitiis rectè res suas administrare nequit. Ex hac definitione etiam diuisionem intelligitis Curatorum: Alij enim sunt legitimi, alij honorarij seu dativi *teste Vlp. tit.11.& §.furiosi inf.h. t.* testamentarij autem nulli sunt.

Hodie autem omnes dativi esse videntur. Ita ergò dividi possunt ratione personarum subjectarum: ut alii sint minorum: alii furiosorum: alii prodigorum: alii mente captorum, alii surdorum, mutorum, &c. Alii denique ventri dentur, alii bonis, jacente hereditate. Videamus porrò de personis, quibus Curatores dentur: & primùm quidem dantur Curatores puberibus seu adolescentibus seu minoribus ab anno 14. usque ad 25 completum, tam maribus quam fæminis: inter quos quo ad tutelam quidem est differentia nimirum quod citius finitur tut. fæminarum, quam marium. Fæminæ enim citius pubescunt: hîc autem nulla est differentia æque enim utrique sunt in cura usque ad annum ætatis 25. Ratio cur minores in cura sint, redditur hic in textu, ibi, quia licet puberes sint, &c. Nam inter omnes constat quàm sit fragile & infirmum huiusmodi ætatis consilium, quamque multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum *l.1.D.de minoribus.* & hanc ob causam aliis quoque rationibus ac modis jura huic ætati subvenerunt, ut I. per legem Lætoriam, quæ contra circumscriptiones

ſcriptiones adoleſcentum lata eſt, *teſte Cic.3.offi.& Iulio Capitolino in vita Marc. Plautus in pſeudol.* hanc legem quinam vicenariam vocat. Conqueritur apud ipſum Adoleſcens, ſe à nemine mutuum impetrare poſſe: omnes enim metuere legem quinam vicenariam. Deinde per reſtit. in integrum quod eſt beneficium prætoris *t.t.D.de minoribus 25.annis & t.C.de in integ.reſt.minorum.* Datur autem Curator minoribus tantùm deſiderantibus & nolentibus; non etiam invitis *§.item inviti h.t l.13. D. de Tuto. & curat.* Idque ideò, quia ſubturpe videtur accipere curatorem, cum is qui accipit vel furioſus vel prodigus vel mente captus videatur. Deinde quia injuria quædam eſt, non permittere libero homini liberam adminiſtrationem rerum ſuarum *l.2.D.ſi à Parente quis manum.ſit & argumento l.21. C. mandati.* Et Imperator Marcus pro beneficio hoc introduxit. Unusquisque autem poteſt renunciare beneficio & favori pro ſe introducto. *l.pen.* C. *de pactis & l.46. D. eod.* Excipitur lis ſeu judicium ad quod curator etiam invito datur. Germani vocant Ein Griechischer Vormund. Ratio exceptionis eſt, quia minor non habet legitimam perſonam ſtandi in judicio ſine Curatore. § *item inviti h.t.l.43.§ is qui* D. *de procurat.l.1.C.qui petant tuto.l.11. C. qui dare tuto.poſſ.l.3.§.ſi pupillus* D. *de tutel.l.4.*C.*ſi adverſ.rem judic. t. t. C. de in litem dando tut.vel Curat.* Quæritur autem an quemadmodum invitus minor ſub curam redigi non poteſt, ita etiam non poſſit detineri in ea poſtquam ſemel accepit curatorem? Et dicimus, eum curatorem, quem accepit, retinere cogi ad 25. annum completum *l. 1.in fine & 2.l.ſeq. D. de Tutor. & Curat.* ut ita etiam hîc quod ab initio eſt voluntatis, ex poſt facto ſit neceſſitatis *l. 5.* C. *de Obl. & Act.* Minor ergò vel Curatorem habet, vel non habet: Utroque caſu obligari poteſt etiam ſine curatore *l.101.D.de V.Obl.* Sed ſi Curatorem habeat, prohibetur aliquid ex rebus ſuis alienare, & alienatio ab eo facta ipſo jure inutilis eſt. Si non habeat Curatorem, valet quidem alienatio; ſed ſi læſus ſit minor in integrum reſtitui poteſt *d.l.3.*C.*de in integ.reſt.minorum.* Differentiæ ratio, eſt quia priore caſu adempta eſt minori rerum ſuarum adminiſtratio, perinde ut prodigo: poſteriore eſt permiſſa. Cur autem utroque caſu ſive habeat ſive non habet Curatoré poſſit obligari, ratio eſt: quia eſt liber homo & jam maturiori judicio præditus quam pupillus. Dices? atqui ex obligatione ſequi ſolet alienatio. Ergò quemadmodum alienatio interdicta eſt minori Curatorem habenti: ita & obligatio eidem interdicta eſſe debet. Reſp. Nego h. conſeq. quia longe differunt obligatio quæ eſt vinculum perſonæ: & alienatio, quæ eſt translatio ipſius rei. Dixi Curatores dari puberibus. Nam impuberibus ſive pupillis regulariter non dantur, etiamſi furioſi ſint *l.3.D.de tutel.* Excipiuntur tres caſus de quibus dicemus *ad §.interdum inf. h.t.*

Ad §. Furioſi.

Secundo in curatione ſunt etiam alii præter minores; ut furioſi & his ſimiles prodigi, de quibus vide etiam *reform.Noricam t.39.l.4.* Furioſus quis ſit & quomodo differat ab inſano videatur *Cic.3.Tuſcul.* Ait autem Imperator furioſos fuiſſe in Curatione agnatorum *ex l. 12. tab.* Erat igitur hæc curatio legitima,

& huius legis sæpe fit mentio *ut hic & l.1.& l.13.D.de curatoribus furiosi Vlp. t. 12. Cic.2.de invent.& 3. Tusc. Corni. lib.1. ad Heren.* Verba eius hæc fuisse testatur Fulvius Ursinus, si quis furiosus sciet, agnatorum, gentiliumq; in eo pecuniaque eius potestas esto. Hinc & proverb. natum est de furioso cum dicimus, hunc hominem ad agnatos & gentiles deduci oportet, vel curatoris eget. Ratio cur furiosus in curatione esse debeat manifesta est, quia ipse rebus suis superesse non potest, cum in ipso nulla sit voluntas, nullus consensus *l.5.D.de R.I.* Deinde cur potissimum in curatione agnatorum & gentilium esse debeat, quia ad hos etiam successio furiosi pertinet *t.t.I.de legit.agn.succeß.* Atqui secundum naturam est, ut qui sentit commodum, ferat etiam onus ut *sup.exposui ad t.de leg.agn.tut.* De verbis agnatorum & Gentilium vide *l.53.D.de V.S.* Prodigus est qui luxuriose vivit *l.15.D.de curat.furiosi*, sive qui bona sua nequitia disperdit ut ait *Paulus lib. 3. sent.t.4.* & qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit *l.1.D.de curat.furio.* Unde etiam eversor appellatur apud *Caium lib.1.inst.t.ult.* Ratio cur prodigus quoq; debeat esse in curatione est, quia furioso comparatur. Nam ut illi sana mens: ita huic sani mores desunt *d.l.1.D.de curat.furio.* Unde furiosum exitum facere dicitur *l.12.in fine D.de Tutor.& Cur.* Verba l.12.tab. hæc commemorat Ursinus si quis prodigus siet, prætor ei bonis suis interdicito, inq; eo pecuniaq; eius agnatorum gentiliumq; potestas esto. Observetur igitur differentia in curatione furiosi & prodigi. Nam furiosus ipso jure curationi subjiciebatur: prodigus autem non nisi post interdictionem à Prætore factam cuius meminit etiam *Cic.in Cat.Maio.Vlp.t.12.& Val. Max. lib.8.* Unde JCti cum dicere volunt prodigum, passim utuntur hac periphrasi Is cui bonis interdictum est *l.6.D.de V.obl* Sed hodie furiosorum cura non amplius est legitima sed dativa *l. 8. §. ult. D.de Tutor.& Cur.* Formulam interdictionis eius recitat *Paulus d.lib.3.sent.t.4.* Et tam maribus quam fæminis luxuriose viventibus bonis interdicitur *d.l.15.D.de curat.furio.* Effectus huius interdictionis est ut prodigo adimatur deminutio seu alienatio rerum suarum & proinde nihil ex illis ad alium transferri possit *l.10.D.de Curat.fur.* Ratio diff.inter furiosum & prodigum hæc esse videtur, quia furor omnibus est manifestus, in omnium sensus incurrit: sed quæ sit appellanda profusio, & quis sit prodigus non est cuiusvis intelligere aut decernere. Sæpe enim quæ revera est prodigalitas, ea aliquib. videtur esse liberalitas, oportet igitur ut accedat declaratio Prætoris.

Ad §. Sed & mente captis.

Præterea in Curatione est mente captus propter eandem rationem quæ in furioso. Mente captus etiam demens dici solet, insanus & fatuus ac plurimum differt à furioso, ut videre licet apud *Cic.3.Tusc.* Quemadmodum autem adolescens cum liberatur completo anno 25. tunc enim constat compleri vigorem *l.1.D.de minoribus*: ita furiosus & demens postquam sanam mentem: prodigus postquam sanos mores receperit *l.1 D.de Curat.fur.* Surdi quoq; & muti quia & hi aliorum Tutores esse non possunt ut sup.dictum Curatores accipiunt *l.3.§.ult. D.de postulando l.10.§.ult.D.de tut.& curat.* Quid de cæco dicendum? Hic tametsi

Curator

Curator haberi nequeat *l. 3. C. qui dare tut.* ut neq; tutor ab initio fieri potest, sed propter supervenientem cæcitatem non desinit esse tutor *l. 16. D. de aut. tut. argumento l. 1. §. quamvis D. de postulando l. 9. C. de excusat.* tamen Cæcum ipsum sub Curatore esse debere nusquam lectum est. Hoc amplius iis datur Curator qui perpetuo morbo laborant *l. 4. & 5. D. de postul.* Morbi definitio Sabiniana extat apud *Vlp. in l. 1. §. sed sciendum D. de ædil. edicto*, & apud Gellium perpetuus morbus est Sonticus, de quo vide *l. 65. §. 1. D. de ædil. ed. l. 60. D. de re judicata Gell. lib. 16. cap. 4.* In quo numero non est febris quartana, quæ jam sperni potest & per quam potest aliquis negociis omnibus superesse ut ait *l. 1. §. 7. D. de ædil. ed. & d. l. 60. D. de re judic.*

Ad §. Interdum.

Diximus regulariter Curatores dari puberibus, sunt tamen casus quidam quibus etiam impuberibus sive pupillis dantur: Iiq; perseverant in cura in diem pubertatis *l. 25. D. de tut. & curat.* ut si Tutor sive testamentarius sive legitimus, sive dativus non sit idoneus, id est, adeo stultus, imprudens ac negligens, ut non possit tutelã gerere sine detrimento pupilli, & tamen removeri non possit; quia scil. fraude careat. Deinde si Tutor ad Tempus excusetur, dico ad tempus, nam in locum eius qui in perpetuum excusatur alius datur Tutor non Curator. Deniq; si morbo vel senio vel absentia justa ac necessaria impediatur *l. ult. D. ubi pup. educ. debeat.* Omnibus his casibus adiungitur ipsi Curator. Quæres cur nõ Tutor alius datur? ℞. ne fiat cõtra regulam Juris qua dicitur Tutorem habenti Tutorem dari non posse, ut *hic & l. 23. D. de testa. tutela l. 10. & 20. §. 1. D. de tut. & cur. l. 4. C. in quibus casibus tut. hab. l. 9. C. qui dare tut possunt l. 9. C. qui petant Tutores.* Ratio hæc est, quia Tutor datur personæ quæ est individua. Cum igitur Tutor ita occupaverit personam pupilli, ut nihil juris aut loci in ea relinquatur novo tutori: manifestum est jam habenti Tutorem alium dari non posse. Dices atqui plures Tutores ab initio eidẽ dari possunt *l. 23. D. de Tut. & Cur.* ℞. hi omnes pro uno habentur. Interdum tamen hæc regula fallit: & de eius exceptionibus vide *1. C. in quibus causis tut. hab.* nam si bona pupilli longe sint dissita & dispersa v. g. partim Romæ, partim in provinciis ut ab uno administrari nequeant: aliis tutor à Prætore ei adjungitur *l. 21. D. de excus. tut. §. ult.* Hoc facit favor pupilli & utilitas quo melius administrentur eius bona. Item si Tutor statim administrare non possit tutelam propter furorem vel absentiã Reip. causa, vel propter captivitatẽ, aliave impedimenta *l. 12. 15. & pen. D. de tut. l. 9. D. de tut. & ration. distra. l. 1. C. d. t. in quib. causis tut. hab.* Dixi quibus dentur Curatores. Videamus qui dentur, vel non: & à quibus. Ii ergò possunt dari curatores, qui & Tutores. Ex contrario igitur, qui non possunt esse tutores: ut mulieres, milites, & cæteri, ij neq; Curatores esse possunt. Deinde etiam filius Patri vel Matri furiosis Curator dari potest *l. 12. §. 1. D. de Tutor. & Cur. l. 2. & 4. D. de Cur. furi.* sed maritus uxori, & sponsus sponsæ Curator esse non potest. *l. 14. D. de curat. furi. l. 2. C. qui dare Tut. possunt. §. pen. I. de excusat. l. 4. C. eod. l. 1. D. eod.* Cæcus quoq; Curator haberi non debet *l. 3. C. qui dare Tut. poss.* Porro sunt alij qui esse quidem possunt Curatores, sed non coguntur: ut qui alicuius tutelam administravit eiusdem curam suscipere non cõpellitur *§. qui tutelam I. de excusat.* Consti-

Constituuntur Curatores à Magistratibus & quidem ab iisdem qui & Tutores dant. §. *dantur autem. h. t.* De his igitur re videte *t. sup. de Attil. tut.* A Testatore autem non rectè datur Curator *l. 7. C. de testa. tut. & d. §. dantur vers. sed curat.* Rationem hanc reddit Cujac. *lib. 7. observ. cap. 6.* quia lex 12. tab. quæ testatori facultatem concessit, loquitur tantum de Tutore, non de Curatore. A Patre tamen datus confirmatur decreto Magistratus *d. §. dantur & l. ult. D. de curat. furiosi l. 27. C. de Episc. audi.*

Ad §. ult. de actore constituendo.

Hoc loco igitur de actore constituendo, decreto Prætoris idque nomine Tutoris vel Curatoris eorumque periculo. Hic actor dicitur etiam adjutor tutelæ in *l. 13. §. 1. D. de tute.* & de eo multæ sunt leges ut *l. 24. & l. 32. D. de admin. tuto. l. 9. D. ratam rem haberi. l. 11. C. de procurat. l. 6. D. quando ex facto tutoris. l. 10. C. qui dare Tut. poss. l. 10. C. de appell. l. unica. C. de actore à Tutore vel Curatore dando.* Actor alias dicitur servus is, cui incumbit totius familiæ cura *l. 40. §. Titius. D. de statu liberis. l. 37. D. de legatis primo.* Et qui alio nomine nominatur Dispẽsator & Oeconomus §. *item si vers. & huic simile. I. de mandato. l. 51. & 62. D. de solutionib.* Alias actor est Syndicus, qui dicitur actor civitatis & universitatis *l. 1. §. quibus & l. 6. in fine D. quod cu uniq; univ. nomine & d. l. 9. D. rat. rem haberi.* Hoc autem loco actor in tutela vel curatione dicitur ad similitudinem illorum, is cui actus rerũ incumbit: non enim assentior Theoph. existimanti actorem hunc, inde dictum quod apud acta constituatur, sicut neque Cujac. Hotom. & Brisson. qui ab agendo dictum volunt, quia scilicet officium ejus in exercendis litibus & actionibus positum sit cum pateat latius. Constituitur hic actor decreto Prætoris vel Præsidis provinciæ, vel ab alio Magistratu, qui Tutores dare solent: & quidem sequitur Magistratus electionem Tutoris vel Curatoris qui actorem elegit. Ex quibus jam facilè intelligitis quomodo hîc actor differat à Tutore vel curatore. Nã Tutor vel Curator arbitrio Prætoris vel præsidis constituitur, & periculo eorũ, qui satisdationem exigunt. Actor vero electione & judicio Tutoris vel curatoris, eorumque periculo datur. Nam illam differentiam Hotom. non puto veram, qua vult actorem non ad omnes res, omniaque negotia, ut Tutor & Curator, sed tantum ad lites sive actiones dari. Quæret aliquis cur Tutor actorem constituat, ac non potius procuratorem. Resp. Procuratorem nemo constituere potest nisi sit Dominus, Tutor autem quamvis loco Domini esse dicatur *l. 7. §. si tutor. D. pro emptore & l. 27. de admin. tutorum.* tamen vere ac proprie Dominus non est post litis contestationem quia Dominus fit, ipse procuratorem constituere potest, ut & Procurator alium sua vice *l. 11. C. de procurat.*

AD TIT. XXIV. DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

TRes proximi tituli sunt communes Tutorum & Curat. de quibus huc usque separatim dictum est. Et hic quidem t. est de utrorumque satisdatione. Satisdare est alicui cavere & securum eum facere datis fidejuss. & quidem idoneis

idoneis *l.1.D.qui satisd.cog.l.3.D.de Fidejuß.* Satisdatio igitur omnis fit per stipulationem, ut & fidejussio. Cum autem plures sint satisdationum species, ut ratam rem haberi, item judicatum solvi, & cæteræ *de quibus 1.lib. 4.t.de satisd.* Hic tantum de una agitur *de qua est t.in* D. *rem pupilli vel adol. salvam fore, & t.* D. & C. *de fideiuß.* Tutorem vel Curat. vide etiam *t.*C.de tutore vel Cur: qui satis non dederit. Cujus *t.l.2. hæc* satisdatio vocatur salvam tutelam fore, sicut. *infra. h.t.* dicitur satisdatio de indemnitate pupilli. Non igitur satis est pupillo quod bona omnia tutoris ipsi tacite obligata sunt pro administratione *l.penu.C.in quib. causis pignus tacitè contrahatur & l.20.C.de administratione tutorum.* Oportet insuper etiam fideiussoribus cavere. Ratio exponitur ab Imperatore *init. h.t.* ne videlicet pupillorum & minorum negocia cõsumantur vel diminuantur, id est, ut omnibus modis prospectum sit, & usque quaque cautum pupillo & minori de indemnitate. Duo autem hic explicanda sunt. Primo, quomodo hæc satisdatio fiat. Deinde à quibus Tut.& Curat.præstanda sit:non enim omnes coguntur eã præstare. His tertium accedet caput, de satisdatione inter plures cõtutores vel offerenda vel acceptãda uni ab altero. Primum igitur fit h. satisdatio per stipulationem, ut & supra. dixi §. communes I. de divis. stipul.& stipulatur ipse pupillus si præsens sit, vel ut ait Ulp. si in præsentiarum sit:nam inter absentes stipulatio non contrahitur *l.1.D.de V.Obl.§.item verborum* I. *de inut. stip.* & si fari possit, nam stipulatio requirit verba interrogationis& responsionis *d.l.1.* Tertio requiritur ut per ætatem intelligat quod agitur *l. 6.* D. *rem pup. salv.fore:* alias servus ejus pro ipso stipulabitur, vel si nullum habeat nec sit unde ipsi ematur servus pullicus, vel à Prætore ad id datus, vel etiam ipse Magistratus *l.2.& d.l.6.*D. *rem pup.sal.fo.l.1.§.exigere D.de Magi. conven.* & per hanc stipulationem acquiritur pupillo ipsi obligatio & actio. quæ tum demum competit, cum & actio tutelæ idest finita tutela *l. 4.§.h.stipulat. & l.11.* D. *rem pup. salv. fore.* Diversum est in Adolescente, nam hic statim committitur stipulatio, atque res ipsi salva esse desinit *d.l.4.* Dices? atqui nemo alteri stipulari potest *l.38.§.alteri* D.*de V.Obl.§.si quis alij & §.alteri.I.de inut.stip.* ℞. quod servus stipulari possit pro Domino, id est ex jure communi:nam servus Domino acquirit ex stipulatione. Sed quod servus publicus & Magistratus pro pupillo stipulari possunt, hoc receptum est propter utilitatem pupilli & humanitatis causa: unde etiam non directa actio, sed utilis tantum pupillo datur *l.4.in pr.*D.*rem pup.salv.fore.* Quid si plures sint fidejussores dati à Tutore.℞. hic illud singulare est quod unusquisq; in solidum tenetur *l.ult.D.rem pup.salv.fore.* Ubi & ratio redditur:cum alias inter plures fidejussores locum habeat beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani de quo dicam *I.ad t.de fidejuß.*

Ad vers. Sed hoc non est perpet.

Secundo exponendum jam est quinam Tutores satisdare non cogantur; non enim omnium tutorum par similisque causa est *l. 4.*C. *de Tut. qui satis non dederit.* I. igitur satisdationis onere non gravantur Tutores testamẽto dati, ut hic vers. nam tutores testamento & *d.l.4.* Idque certo certius est ut ait *Vlp. in l.17.* D. *de testa.tut.* Idem de Curatore quem Pater filio furioso in testamento dedit *l.25.*

Q C.de

C. de Episc. audi & l. ult. C. de curat. fur. II. non coguntur satisdare Tutores & Curatores dati ex inquisitione, ut hic vers. item ex inquisitione. Ratio est, quia illorum fides & diligentia satis est electa & probata à Testatore, *ut hic* sive quia paternum testimoniũ pro satisdatione sufficit, ut loquitur Imper. *in d. l. 27. & d. l. ult. C. de curat. furiosi.* ut proinde non debeat talis tutor subire contumeliã satisdationis, ut ait *l. 17. in fine* D. *de testa. tute.* neque fidejussionis onere prægravari *l. ult. C. de autoritate præstanda.* Solent. n. Parentes rectissime liberis prospicere *l. 3. §. 1. D. de admin. tutorum. d. l. ult. C. de curat. furi.* & liberis suis amicissimos & fidelissimos ferè eligere tutores iisque etiam remunerandæ fidei causa aliquid testamento relinquere *l. 36. D. de excus. Tut l. 28. §. 1. & l. 32. D. d. t.* In his vero fides inquisitionis pro vinculo cedit cautionis: ut eleganter ait Papinianus in *l. 13. in fine* D. *de Tut. vel Curat. argumento. l. ult. §. item rescripserunt D. de admi. rerum ad civit.* pertinentium. Præter hos igitur alij tutores omnes ut legitimi item à Magistratu dati sine inquisitione coguntur satisdare: alioquin ab administratione prohibentur, & quæ ab ipsis gesta sunt nullam firmitatem obtinent: imo etiam removeri possunt à tutela, idq; vel cũ infamiæ nota, si dolo malo non sadisdent, vel sine infamia, si inopia. *t. t.* C. *de Tut. qui satis non dedit.* Possunt ẽt coerceri captis pignoribus, vel mulctæ dictione, vel carcere, vel manu militari: ut sup. dict.

Ad §. sed si ex testamento.

De gestu sine administratione tutelæ uni ex pluribus Tutoribus committenda hic tractatur. Hoc. n. fere utilius est pupillo ne tutela per multos spargatur: semper enim facilius est ut unus quam plures agat vel conveniatur judicio *l. 3. §. apparet D. de admin. tutorum.* Ergo si plures sint Tutores sive in testamento dati sive legitimi, sive Dativi, primum administratio illi commendabitur & is præferretur reliquis qui satis obtulerit contutoribus suis *ut hic & l. 4.* C. *de Tutor. qui satis non dederit* De quo tamen observanda est distinctio tradita *in l. 17. cum 2. seq.* D *de testa. tutela.* Non potest autem Tutor satis petere à collega suo sed satis offerre ei potest, ut sit in arbitrio alterius an ipse malit satisdare an à cõtutore satis accipere ut *hic & l. 7.* D. *rem pup. salvam fore.* II. Si nemo satis offerat ei committetur administratio, qui à testatore fuerit electus & nominatus ut *hic & l. 3. §. 1. & seq.* D. *de admin Tutorum l. 26. §. 1.* D. *de testa tut.* III. Si neque testator quenquam elegerit aut nominarit ei committetur actus, quem major pars Tutorum elegerit. IV. Si Tutores inter se non conveniant, Prætor suam autoritatem interponet ac definiet quis debeat administrare. V. Si Tutores Prætoris definitioni non acquiescant & malint ipsi universi administrare quam succedanei esse alicui periculi, omnibus committetur administratio *d. l. 3. in fine* D. *de adm. tut.* Sciendum est. n. utili actione tutelæ teneri ẽt qui non gesserunt *l. 4. § sed enim* D. *rẽ pup. salv. fore.* Qui appellari solẽt honorarij Tutores sive honoris causa dati vel appositi, tãquã observatores & custodes alieni actus *l. 60. §. quid. ergo* D. *de ritu nup. l. 14. §. 1. D. de solut. l. 3. §. 2. D. de adm. Tuto. l. 26. §. 1. D. de testa. tut.*

Ad §. sciendum autem est.

Supradictum est de actione qua pupillus ipsum tutorem convenire potest. Hic §. est de actione, quæ datur pupillis contra magistratus qui satisdationem illam

illam rem pup: sal. fore exigunt; unde intelligitur quare *sub.h.t.* de ea actione explicetur, vide *t.D. & C. de Magist. conven.* Appellatur autem hæc actio subsidiaria non solum hic, verum etiam *in l.ult.*C. *de autor.præstanda & l.1.* D.*de Magist.conven.* Idque ideò, quia datur in subsidium & ultimum refugium & est quasi sacra ancora ad quam pupilli confugiant. Nam quamdiu alia ratione ipsis consuli potest ut si vel unus ex Tut. sit idoneus non potest ad Magistratus perveniri *d.l 1.§.usque adeo* D.*de tut. & rationibus distrab.* Nam hic ordo observandus est pupillo ut primo conveniat ipsos tutores, eorumque heredes: & ex his priore loco eos, qui gesserunt: deinde utili actione tutelæ eos qui non gesserunt, puta honorarios. Et contra tutores quidem habet pupillus plures actiones: alias in personam, alias in rem. In personam, actionem tutelæ, quæ vt dixi, vel est directa, vel vtilis; Item actionem rationib. distra hendis: cum qua sæpè concurrit etiam actio furti nec-manifesti. In rem, ut hypothecariam, qua persequitur bona tutoris à quocunque possideantur, utpote tacitè ipso jure sibi obligata. Postea et cōtra fidejussores tutorū agere potest ex stipulatu, Remp. salvā fore. Postremo si à nemine horum indemnis præstari & suum consequi potuerit, ad Magistratum demum pervenitur, eorumque heredes. In hos datur actio utilis sive in factum, quæ introducta est ex Senatusconsulto quod factum est autore D. Trajano *l.5.* C. *de Magistr. convent l. 2.* D *eod.* Magistratus porrò intelligere debetis hoc loco non qui sunt populi Romani sed municipales, ut Duum viri & defensores civitatum, & in urbe scriba §. *ult.t.4.& l.1.* §.*neque Prætor &* §.*si præses, &* §. *sciendum* D.*de Magistr. conv.l ult.C.eod.l.1.* C.*de tutor. ill.person.* Hi enim soli satis exigere solent. Ergò si vel planè non exegerint satis dationem, vel non idoneè nimirum accipientes ejusmodi fidejussores qui non erant solvendo: tum hac actione tenentur *d.l.1.§.si Magistratus. & hic.* Vel etiam si admoniti non dederint Tutores vel Curat. *d. l.1.* §. *Magistrat D. d. t.* Paria namque sunt in jure aliquid omnino non fieri, & non legitimè seu perperam fieri *l.6.* D.*qui satisd. cog. l.2.* D. *de caut.tut.* Hinc sequitur ibi tātum locum esse huic actioni ubi & satis datio necessaria est, id est, tantum in tutela legit. & dativa eo casu, quo Magistratus absque inquisitione tutorem dedit. In tutela autem testamentaria, & quæ ex inquisitione data est, quia plerumque satisdatio non est necessaria, ut sup. dixi neque hæc actio proinde dabitur. Porrò satis est si fidejussores & tutores eo tempore fuerint idonei & solvendo quo Magistratus eos dedit vel satisdationem exegit. Si postea facultatib. labantur Magistratui imputari non debet casus quem providere non potuit *d.l.1.§ si Magistratus & l.6.D. de Magistratib. conven.* Quemadmodum autem ex hujusmodi causa conveniri potest Magistratus actione subsidiaria, ut hactenus dictum, ita præclarum & laudabile institutum est, quod præses provinciæ aut præfectus pagorum, qui fontes non castigat, de damno læsis resarciendo conveniri potest *ex constit. Frideric. I. de pace tenenda tit.53. in usib. Feud. lib. 2.* Ubi vide *Hottom.in comment.* Adde *Mynf. cent. 5.obs.70. & And. Gail.lib. 2.obs.64. ubi tradunt* Dominum territorij, in quo iter faciens spoliatus est in via publica ac regia, teneri spoliato damnū resarcire, maximè si pedagia exigat. facit *l. 2.* C. *de commerciis & mercat. l.ult.* C. *ne sanctum baptis. iteretur.*

AD TIT. XXV. DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

Dictum est supra Tutorem & Curat. à Magistratu posse cogi ad suscipiendam administrandamque tutelam & curam, cum hæc sint publica & necessaria munera. Sub. h. t. iam aliquot velut exceptiones afferuntur ab illa regula. Nam quibus justa aliqua excusatio est hi cogi non possunt. Conferatur cum *h.t.t.D. similiter conceptus, in quem extant comment. Cuiac: item t. C. de excus. & temporibus eorum cum 7.t.seqq.* Sunt autem qui putant h.t. tantum pertinere ad tutores testamentarios & Dativos; ad legitimos non item, *argumento §. qui. a. vult in verbis qualitercunque dati fuerint I. h. t.* item *argumento l. 13. in pr. D. eod.* Cum tutores legitimos nemo det, sed l.12. tab. tutores fecerit *l.5. in pr. D. de legit. tut.* Sed his non assentior refelluntur enim *per l.2.§. hoc autem D.h.t.* nec obstant dicta verba hujus tituli. Nam tametsi proprie tutores datos dicimus testamentarios, & à Magistratu constitutos: tamen abusive & minus proprie lòquendo etiam legitimi dici possunt dati, nimirum à lege. Non autem oportet jus civile calumniari, neque verba captare ut ait *Paulus l. penu. D. ad exhi.* Initio autem in genere de excusationibus observandum est eas æquitate aliqua niti *l.1. D. de vacat. & excus. munerum:* Deinde non esse opus excusatione ulla his qui ipso jure non tenentur ad tutelam, argumento *l.26. D. de Tutor. & curat. & l.13.§. ult. D. h. t.* Tertio nullam excusationem dari libertis à tutela liberorum patroni *l.5. C. h. t. & l.14. D. eod.* Ratio est, quia libertus, & hoc & alia multa debet Patrono ob grande beneficium. Excepto eo liberto cui fidei commissaria libertas est soluta *l.24. D. item excep. casu qui est in l. pen. §. ult. D. h. t.* Quarto Excusatio denegatur ei, qui promisit Patri pupillorum se tutorem fore *l.15.§. 1. D. h. t. §. item si propter inimicitias vers. sicut per contrarium I. h. t* Quinto. Ei qui se asscripsit tutorem filio testatoris impuberi. Hic enim cum consensisse videatur voluntati testatoris, ex decreto Tutor datur, & quidem sine excusatione *l. 18. §. 1. D. de l. Corn. de falsis.* Prima igitur causa excusationis est numerus liberorum: de qua est & *l.2.§. remittit. & aliquot §. seqq. D. h. t. & proprius t. in C. qui numero liberorum se excusant.* Ratio est primo ut præmio afficiantur, qui Remp: auxerunt sobolis procreatione, & liberorum hominum multitudine. Deinde ne externis oneribus & officiis amplius gravetur qui iam ante satis oneratus est curis domesticis quas secum trahit liberorũ educatio. Sciendum est aũt Romanos cum essent admodũ studiosi frequẽtiæ civiũ lata l. Papia popeia multa ac varia proposuisse præmia his, qui multos liberos suscepisset, de quibus vide *Duar. lib. 1. disp. c.40.* Itẽ *Iustũ Lipsiũ in comm. ad Tac. lib. 3. annal.* Huc pertinet quod D. Hadrianus rescripsit malle se ampliari imperiũ hominum adiectione potius, quã pecuniarũ copia *l.7.§. si plures D. de bonis dam.* sicut è diverso cęlibes & orbos variis afficiebãt pænis & incõmodis. Inter cætera porrò præmia erat ẽt jus triũ natorũ sive liberorũ: quod etiã à Principe peti & concedi solebat, ut passim apud Marti: videre licet. Differunt aũt jus trium vel quatuor, vel. V. vel XVI. liberorũ, & jus liberorum. Nã hoc datum est omnibus ab Imperatore Theod. cum antea ab Imperatore soleret peti *l. 1. C. de jure liberorum. l. 2. C. de infir. pænis cælibatus & orbitatis.* Illud non item. vide *Cuiac. in notis ad Vlp. t. 16.* Sed

Sed de liberis variæ distinctiones tenendæ sunt I. enim liberos jam natos esse oportet, nam si adhuc in ventre sint, non prosunt Patri ad excusationem *l.2.§. qui autem in ventre D.h.t.* II. Oportet ut liberi adhuc sint superstites eo tempore quo tutela alicui defertur *d.l.2.§.qui ad munera D.de vacat.& excus.mun.* nam defuncti non prosunt. Ratio quia tunc cessat onus educationis: Patribus tamen qui liberos suos in acie sive in prælio amiserunt solatii loco hoc tributum est, ut ipsis excusationem præbeant liberi, qui pro Rep. mortem oppetierunt; quasi adhuc essent superstites: ut qui per gloriã perpetuo vivere intelligantur ut hic vers. sed si in bello *l. 18. D. h. t. & l. ult. D. de vacat. munerum. Gell. lib. 2. cap. 15. Plato lib. 5. de Rep.* III. Oportet ut liberi sint naturales & justi, sive ex legitimis nuptiis procreati; nam neque illegitimi neque adoptivi prosunt ut hic in vers. sed adoptivi *l.2.§.legitimos D.eod.l.2.§.adoptivi D.de vacat. Tacitus lib.15.annal. Gell. lib.5.cap.19.* Ratio est, quia adoptivis liberis non augetur civitas: ideoque eorum nomine præmium nullum debetur. Deinde quia in adoptionem dati prosunt Patri suo naturali, non debent autem duobus simul prodesse. Deinde de illegitimis hæc est ratio ut honos habeatur justis nuptiis & ad eas homines invitentur, à vagis libidinibus absterreantur. Nihil autem interest, sint ne liberi in potestate an vero emancipati ut *hic init. t. & d. l. 2.§.legitimos D.eod.* nihil etiam interest, sint ne liberi primi gradus, id est, filii vel filiæ an ulterioris. Nam & nepotes prosunt avo mortuo ipsorum Patre, ut *hic in vers. item nepotes & d. l. 2.§.7.D.h.t.l.ult.C.qui numero liberorum se excus.* At nepotes ex filia Patri suo prosunt, in cuius scilicet & familia & potestate nascuntur ut supra dixi *in fine t. de pat. potest.* Præterea observanda est distinctio trium locorum quæ sunt, Roma, Italia, & provinciæ: quæ tamen alias fere sublata est, ut I.t de usuc. Ait Imperator tutelam & curam esse munus publicum: Idem dicitur in *l. 17. §. eos qui D.h.t.l.9.D.de his qui sunt sui vel al.jur.l.6.§.ut tutela D.h.t.l.ult.* D.*de mune.& honor.l.coloni C.h.t.*

Sciendum est autem munera & onera civilia vel esse personalia vel patrimonialia, vel mixta *l.1.& 18.* D.*de muner. & honor.* & à personalibus quidem in quibus est & tutela *l.1.§.ult.D.de muneribus & d.l.18. §.1.* Ab his inquam excusare liberorum numerum: à patrimonialibus non item *l.1.§.ult.l.2.§.1.& 4. l.11.* D.*de vacat.munerum:* Sedecim tamen liberos habens, omnium munerum immunitatem habet *l.8.§. demonstratur* D. *de jure immunitatis*: sed ei quod dictum est tutelam esse munus publicum obstat *l.6.§.tutela.l. 15. §. 12. qui accepit* D.*h. t.* ubi tutela negatur esse munus Reip. &c. Respondeo aliud esse munus publicũ; aliud munus Reip. quales sunt magistratus & aliæ curationes publicę, ut legationes, defensio civitatis, &c. *l.15.D.de recep.arbitris*: quæ principaliter & primo ad utilitatem Reip. spectant: cum publica munera tantum per cõsequentias ad publicam utilitatem pertineant, quod genus est officium tutoris, curat. advocati, procuratoris, &c. Postremò observanda est exceptio, qua hæc excusatio locum non habet *in l.36.in fine* D.*h.t.*

Ad §. item Divus Marcus.

Altera excusationis causa est administratio rerum fisci: quamdiu enim eas aliquis.

aliquis administrat à tutela vel cura excusatur ut *hic, & l.8.§.1. de vac. mune. l.41.* D.*h.t.*tales sunt redemptores vectigalium fisci, sive publicani Principis, item præfectus ærarij, exactores tributorum, coloni patrimoniales sive Principis *l.10.* C.*h.t.l.21.&* 41. D. *eod. l.ult.* C. *qui dare tut. possunt.* Ratio est favor & utilitas tam fisci quam pupilli, & minoris; nam quantum curæ & diligentiæ impenderetur alteri; tantum necesse esset alteri decedere. Aliud est in vectigalibus civitatum *l.15.§.qui vectig.D.h.t.* Hæc causa introducta est à D. Marco in semestribus. Fuit autem eruditissimus Princeps hic Imperator Marcus Antoninus, unde & Philosophi cognomen sortitus est. Et extat etiam hodie liber eius quem græcè de vita sua conscripsit ex quo observare potestis obiter hanc insignem sententiam *τοσούτου ἄξιός ἐστιν ἕκαστος, ὅσου ἄξιά ἐστι ταῦτα περὶ ἃ ἐσπούδακεν.* Tanti quisque æstimandus est quanti sunt ea in quibus studium & operam ponit. Is ergo semestria consilia instituisse videtur, in quibus constitutiones quasdam & rescripta promulgavit quemadmodum & de Augusto testatur Sueton. Sæpe enim mentio fit in jure semestrium Marci ut *l.46.D.de pactis l.ult.D.de servis exporta.l.12.D.de acquir.hered.l.3.* C. *si mancip.ita fuerit distractum.*

Ad §. item qui Reip.

Tertia excusationis causa est; absentia Reip.causa non affectata neq; sui cōmodi causa, sed necessaria. Ratio est, tùm favor eius, qui abest Reip. causa, cui & alia dantur privilegia, ut restitutio in integrum, si per absentiam læsus sit *l. 4. & 4. seqq. l. 35. 36. & passim* D. *ex quibus causis maiores, & dicam l.ad §. rursus t. de act.* tùm favor Reip. cuius utilitates per tutelas impedirentur & imminuerentur, de hac causa est *t.in* C.*si tutor vel cur. Reip. causa absfuerit: vide & l.10. in pr. & l.penul.*D.*h.t.l.*4.*D.de vacat.munerum.* Non solum autem ipsis absentibus, sed & comitibus eorum excusatio datur *l.41.§.2. D. h.t. l.12. §. 1. D. de vacat. munerum:* Procuratoribus vero nō datur *l.5.*C.*de excus.munerum:* huc pertinent milites, & eorum duces, Tribuni, Magistri militum, medici militum *l.8.& l.9.*D.*h.t. l.1. C. de profess. & medicis lib.10.* Item legati ad Principem missi gratulatum, vel ut cum ipso lugeant *l.35.§.1.D.ex quibus causis maiores.* Sed hic observandum est, si quis abesse cœperit Reip. causa post susceptam tutelam dari in ipsius locum Curatorem aliquem, & reversum eum statim recipere tutelam, si verò ante delatam tutelam abesse cœperit reverso dari vacationem anni, ut *hic & l.10.in pr. & §.1. l. pen.D.h.t.l.ult. C. si tutor vel Curat. Reip. causa absu.* & hic annus est continuus computaturque ex quo tempore quis rediit vel redire debuit *l.4.D. de vac. mun.* Quæritur hic de iis qui civitatum & municipiorum causa absunt, an & ipsis excusatio detur? & quidem si jus nostrum spectemus verius videtur non dari, cum civitates seu municipia distinguantur à Rep. Romana & privatorum loco habeantur *l.15. & seq. D. de V.S.* Aliud tamen dixerim si de moribus nostris roger.

Ad §. & qui potestatem.

Quarta excusationis causa est potestas seu Magistratus. Sunt autem alij Magistratus

gistratus populi Romani: alij municipales ut sup. quoque dixi. Et rursum ex Magistratibus populi Romani alij sunt maiores, ut in urbe Consules, Prætores, & cæteri: in provinciis proconsules, præsides, &c. alij sunt minores; ut ædiles: de qua distinctione Magistratuum vide *Gell. lib. 13. cap. 14.* Quod igitur hic dicitur potestatem sive Magistratuum præbere causam excusationis, id intelligendum est non de maioribus Magistratibus: nam hi Tutores esse non possunt: sed de Magistratibus minoribus & municipalibus, qui dari quidem possunt tutores, sed excusationem habent *l. 19. §. 1. D. de tut. & curat. l. 3. D. qui petant tut. l. 6. §. remittuntur D. h. t. Non obstat l. 23. D. h. t.* loquitur enim de Magistratu, quem quis nondum administrat, sed administraturus est: Futurus inquam Magistratus non præbet excusationem, quemadmodum neque is Magistratus, quem quis jam deposuit *l. 15. §. si Princeps D. h. t.*

Ad §. item propter litem.

Quinta causa est de his omnibus bonis, vel maxima eorum parte, vel de hereditate, quæ est inter tutorem & pupillum vel inter Curatorem & adolescentem ut *hic & l. 20. 21. D. h. t. l. 16. C. eod.* Ratio est, quia qui de omnibus bonis aut maxima eorum parte lites exercent, ferè solent esse inimici capitales: cum pecunia sit hominibus anima & vita, & alter sanguis secundum Hesiod. Pupillo autem non expedit tutorem habere inimicum, cum amicissimi tutores dari soleant *l. 36. D. h. t.* Hinc intelligitis litem de una aliqua re non excusare tutorem, ut hic & *d. l. 21.* Potest enim aliquis esse creditor vel debitor pupilli aut adolescentis cui Tutor vel Curator datus est *l. 7. C. h. t. l. 8. C. qui dare tutores:* Ea autem lis inter tutorem & pupillum exercebitur per curatorem ad id datum *ut sup. dictum est ad §. ult. de autor. tutorum.* Hodie tamen ex Nov. 72. ob quamlibet litem etiam de una re excusatur & removetur tutor: excepta matre & avia. Rationem vide ibi expositam à Cujacio.

Ad §. item tria onera tutelæ.

Sexta causa est numerus tutelarum vel curationum, de qua *extat. t. C. qui numero tutelarum:* nam qui 3. tutelas, vel 3. curationes, vel partim tutelas, partim curationes jam administrat, is excusatur à quarta: *ut hic & l. 2. §. ult. cum 4. ll. seqq. l. 15. l. 17. & l. 31. D. h. t.* Ratio est favor partim pupilli, ut ei tanto melius prospiciatur, partim tutoris, ne is nimium oneretur cum jam antea satis gravatus sit molestiis tot tutelarum.

Ab aliis autem muneribus non excusant 3. tutelæ *l. 3. C. de excus. munerum lib. 10.* Sed oportet ut tutelæ vel curationes illæ non sint affectatæ neque quæsitæ, ut *hic & l. 15. §. est autem quando D. h. t.* Nam qui onera & incommoda ultro sibi accersivit, sibi hoc imputare debet & de se conqueri. Sed quomodo computabitur numerus trium tutelarum? Respondeo, non ex numero pupillorum, sed patrimoniorum seu dominiorum. Si igitur plures sint fratres consortes, id est, quorum indivisum adhuc est patrimonium, unum tantum erit

erit tutela eorum: sin autem divisum habeant patrimonium, tot erunt tutelæ quot personæ, & quot patrimonia *d.l.31 §.ult.D.h.t.* Dices Tutelam esse personæ non rei. Resp. In excusationibus non spectantur personæ, sed res & patrimonia, & onus ac molestia administrationis, & difficultas conficiendarũ ac reddendarum rationum, quæ omnia sunt rerum propria. Unius autem pupilli unum est patrimonium, quamvis sæpe possit esse dispersum & distinctum variis locis *l.30.§.1.D.h.t.l.27.D.de tutor.& curat.* Fieri tamen potest ut unum quoq; patrimonium tam sit diffusum & negociosum ut à pluribus excuset *d.l.31.§.4. D.h.t.*

Ad §. sed & propter paupertatem.

Septima causa est ex rescripto Divorum Fratrum, id est, Marci Antonini Philosophi & Aelij Veri: nimirum paupertas sive mediocritas, non tamen quælibet sed tanta per quam impar quis sit oneri iniuncto *ut hic & l.6.§. ult. cum l. seq.l.40.§.1.D.h.t.* Quidam enim ita sunt tenues & exhausti ut vix de suo victum sustinere possint, ut ait *Vlp.l.4. D. de muner. & bonor.* Ratio est quia paupertas ipsa est onus miserum & grave ut ait Tere. & onus Ætna gravius ut ait Cic. de Senect. Jam ut vulgo dicitur afflicto non est addenda afflictio, præsertim cum id esset futurum cum incommodo pupilli, & contra eius utilitatem ut in simili casu loquitur *l.penul.§.ult* D.*h.t.* Sed de paupertate plura dicam *inf.t.prox.*

Ad §. item propter adversam valetudinem.

Octava causa est morbus de qua sunt duo t. in C. qui morbo, & alter qui morbo se excusant lib.10. Valetudinarii igitur qui perpetuo morbo laborant, item furiosi, mente capti, surdi & muti à tutela excusantur *l.10.§.ult.& 2.ll.seqq.* D.*h.t.l.1.C.qui morbo.* Sed hi si ante tutelam delatam tales sint non tam excusantur, quam planè impediuntur: si post eam susceptam tales facti fuerint excusantur *l.40.D.h.t.* Ratio hæc est, quia hi suis rebus superesse non possunt, unde & in curatione aliorum sunt, *ut sup. dictum t.de curat.* Est autem incivile & absurdum ut qui alieno auxilio in suis rebus indigent, alios regant, *ut inf. ait Imperator in §. item maior h.t.*

Ad §. similiter eos qui literas nesciunt.

Nona causa est inscitia seu ignorantia literarum. Illiteratus sive qui nescit literas excusatur: sed ita demum si sit expers negotiorum & rerum imperitus ut *hic & l.6.§.ult.D eod.* Quod si sua & aliqua negotia nihilominus recte administrare possit propter literarum imperitiam non excusabitur, cum possit aliena opera uti in scribendis & annotandis rebus ac rationibus *d.l.6.* Nescire literas est non hoc; esse rudem bonarum artium, sed scribendi & legendi, ut erudite explicat *Duar. lib.1. disp. cap.3.*

Ad §. item si propter inimicitias.

Decima causa est inimicitia capitalis seu gravissima *l.3.§.ult.D.de admin.*

legatis

legatis l.14.§.post datum D.de procuratoribus l.15.D. de recep. arbitris. l. 9. D. de his qui ut indignis l.6.§.dat.D.h.t.& nov.160. Assentior autem Jacobo Rævardo existimanti capitales inimicitias à JCtis dictas esse eas quæ essent denunciatæ, indictæ professæ atque testatæ. De quo veterum Romanorum more renunciandarum amicitiarum & indicendi inimicitias profert ille *lib.5. var. c.15.* multa optimorum autorum loca. Sed omisit Taciti insigne testimonium. Quæ verò sit hodie capitalis inimicitia dicenda: Judicis arbitrio æstimandum relinquitur, ut docet *Iacob.Menoch.de arbit.Iudic.casu* 110. Sed hîc duplex distinctio observanda est. Nam inimicitia vel ante tutelæ dationem intervenit, vel post. Deinde inimicitiis vel testator causam præbuit, vel ipse tutor. Nam si ante extiterint & manifestum sit quod testator ob eam ipsam causam inimicum suum tutorem dedit, ut illi ægrè faceret, & molestiis ac negotiis tutelæ implicaret, excusabitur *hoc §.nostro*: alias non excusabitur, quia hoc ipso videtur testator remisisse inimicitias quod inimicum tutorem dedit: cum ferè amicissimos soleamus liberis nostris tutores dare *l.36. D.h.t.* Eleganter D. Chrysostomus: Maxima parentibus in fine vitæ cura est, tutorem optimũ filiis providere, cui committant quos carissimos habent. Si postea inimicitiæ extiterint culpa tutoris dati, testator ipsi videtur ademisse tutelam: ideoque nisi se excuset rejicietur tanquam suspectus *l.3.§.si tutor* D.*de suspect. tutor.* Si testator ipse causam inimicitiis dederit, indistincte excusabitur Tutor §. inimicitiæ, *I.h.t.* Ei verò omnis excusatio quæ alias competeret denegabitur, qui Patri pupillorum promisit, se futurum tutorem, ut *hic vers.sicut per contrarium l.15.§.1.D.eod.* Fidem enim servare debet *argumento l.2.D. de jure immun. ut & supra dixi.*

Ad §. non esse autem.

Non causa ut sic dicam excusationis hic affertur, nempe ignotum fuisse testatori. Etsi enim tutela fere solet committi notis & quidem amicis ut modo dixi: sicut & heredes iidem instituuntur: tamen nonnunquam etiam ignoti & tutores dantur, & heredes scribuntur *ut hic & l.15.§. qui dixerit* D *eod.§. ult. infr. de hered. instit.*

Ad §. item si qui status.

Undecima causa superiori valde cognata est controversia status, mota Tutori à testatore, vel etiam pupillo à Tutore, ut *hic & l. 6. §. amplius* D.*h.t.* Pati controversiam status est ex libertate in servitutem peti ut passim in D. de liberali causa, & dicam *I.ad §.præjudiciales de action.* Ratio est, quia ex controversia status oritur capitalis inimicitia: & comparari solent inter se hæc duo, capitis accusatio, & controversia status *l.14.D.de bonis libertorum*, ubi ex utraque causa dicitur amitti jus patronatus. Interdum tamen distinguuntur ut *l. 9.* D. *de his quæ ut indig.*

Ad §. item major 70. annis.

Duodecima causa est senectus, seu ætas maior 70. annis de qua est *t.* C. *qui ætate, & alter t.* C. *qui ætate vel professione se excusant lib.*10. *l.2.D.h.t.* & hæc

R causa

causa non tantum à tutela & cura, sed etiam ab omnibus muneribus civilibus, quæ quidem personalia sunt, immunitatem & vacationem præstat *l. 2. §. 1. D. de vacat. mun. l. 3. D. de jure immun. l. 10. C. de Decurionibus.* Ratio est primò ut parcatur senectuti, quæ semper apud Romanos venerabilis fuit, ut eundem penè honorem tribuerent senibus quem Magistratibus, ut eleganter ait *Callistratus in l. 5. D. de muner. & honor. Gell. lib. 2. c. 15. Cic. de senect.* Deinde quia senectus ipsa est morbus ut ait Terent. in phorm. & argutè *Arist. lib. 5. de genera anim. cap. 4.* Morbus quidem est senectus accersita: Senectus autem est morbus naturalis. Et senes, ut habet proverb. bis pueri sunt. Non posset ergò per eos satis recte consuli pupillis, cum sibi ipsis non satis sufficiant.

Ad §. Minores autem 25. annis.

Maiores septuagenariis excusantur: adolescentes seu minores 25. non excusantur, quia ne quidē si velint tutores esse possunt, priusquam compleverint 25. annum. Nam ut supra dixi non est opus excusatione ei qui prohibetur esse tutor, ac ne quidem si velit admittitur. Erat quidem olim differentia inter tutelam legitimam, & cæteras duas species, ut ad legitimam admitterentur etiā minores, imo & pupilli, sed hodie ea sublata est & nulla prorsus tutela minori mādatur *l. ult. C. de legit. tut.* quod supra exposui *ad §. ult. de fiduc. tut.* Ratio hic in textu redditur quia scilicet ipsi minores sunt in curatione: & incivile est ut alios regat, qui seipsum regere nequit.

Ad §. Idem & in milite.

Quemadmodum minores non indigent excusatione, quia ne volentes quidem ad tutelam admittuntur, ita & milites *l. 4. C. qui dare tut.* Ratio est ne à signis & castris abstrahantur, atque ita Resp. detrimentum capiat. Quæ eadem causa est quare & ab aliis muneribus civilibus arceantur milites ut à postulando, à procurando. Si tamen miles errore ductus res pupilli administraverit conveniri poterit negotiorum gestorum actione *d. l. 4. C.* Aliud est in veterano qui impleto militiæ tempore missus est. Hic enim cum possit esse tutor, excusare se debet *l. 8. & 2. seq. D. h. t. & t. C. de excusat. veteran.* Ratio cur veteranis excusatio detur est, ut sentiant præmium militiæ peractæ. Sciendum est autem legitimum militiæ tempus apud Romanos fuisse 20. annorum *d. l. 8. quandoque* D. *h. t. l. 1.* C. *eod. l. 2. & 3. C. de his qui non impletis stipen. sacram. soluti sunt.* Post hoc tempus honesta missio tanquam emeritis indulgebatur. Tria enim missionis genera fuerunt: honesta, causaria & ignominiosa *d. l. 8. & l. 2. §. 2.* D. *de his qui nota: infam. l. 13. §. missione* D. *de re milit.* Lipsius & quartum genus addit; Gratiosam missionē *lib. 5. Militiæ Rom. Dialog. 19.* Et quidem qui impletis stipendiis missionem impetrarant, id est veterani, ab omnibus tutelis in perpetuum vocationem & excusationem habent exceptis liberis comilitonum suorum: cæteri autem tantum anni vacationem habent *d. l. 8. & 10.* D. *h. t.* Ignominiose missi perinde habentur ac si nunquam milites fuissent. Non ergò excusantur ab oneribus *l. 1. C. de his qui non impletis stipen. l. nec infames* C. *de Decurionibus.*

Ad §.

Ad §. Item Romæ.

Decima tertia causa est, propter artes liberales quas qui exercent non solum à tutela, sed ab aliis quoq; muneribus personalibus sunt immunes *l. 6. §. Grammatici* D.*h.t.l.ult.§.ult.*D.*de muner.& honor.* Ratio est favor illarum artium, & utilitas, quæ inde ad Remp. pervenit. Artes eæ sunt Grammatica, Rhetorica, & Medicina, quibus & Philosophia additur *in d.l.6.§. & Philoso. D. h. t. l.8.D. de vacat. munerum*: Item mensores frumentarij *l.26.D.h.t.* Aliæ ergò artes ut Poësis, Geometria, Mathesis, &c. non excusant, ac ne jurisprudentia quidem, nisi JCtus sit in consilium Principis assumptus, aut nisi Romæ doceat *l.30.D.h.t.l.6. §. legum verò Doctores D.d.t.* Non tamen omnes harum artium professores excusantur, sed ij tantum qui sedulo eas exercent, & quidem in patria sua, & qui sunt intra numerum. Numerus autem varius erat prout civitates vel minores erant, vel maiores, vel maximæ, de quo vide *l. 6. §. est autem numerus D. h. t.* In hunc numerum decreto ordinis probati cooptabantur *l. 7. C. de professoribus & medicis,* & quidem semel cooptati atque approbati denuò reprobari poterant, si se utiles non præberent discentibus *l.2.*C.*d.t.l 6.§.& philosophos D.h.t.* Dixi, si in patria sua. Nam in aliena si doceant non excusantur, nisi admodum excellant in sua arte *l.6.§.valde D.h.t.* Si tamen Romæ: excusantur. Quia hæc regia urbs habetur & est communis patria *d.l.6.§.Romæ.*D.*h.t.l.9.D.de vacat.munerum.l.33. D.ad municip.& l.17.D.de statu hominum.* Denique hoc observandum est quantum differant Grammatici & Grammatistæ sive literatores. Nam hi qui primas literas Pueros docent, seu primis literis pueros inducunt, non excusantur *l.11.§. ult.D.de mun.& honor.l.2.§.ult.*D.*de vacat.munerum.* Sed de Philosophis obstare videtur quod Ulpi: eos negat esse numero Professorum *l. 1. §. an & Philosophi D. de extra. cog.* Respondeo quo ad mercedes seu mercenariam operam nō sunt Professores, cum antè omnia eos profiteri oporteat se spernere pecuniam: Etenim vere philosophantes pecuniam contemnunt, cuius retinendæ cupidinem fictam asseverationem detegunt, ut eleganter ait *Pap.l.8.§.philosophus* D.*de vacat. munerum:* Ab aliis vero muneribus civilibus Philosophi non excusantur; turpe enim est ut patriæ suæ functiones ferre non possit, qui etiam fortunæ vim se ferre profitetur *l.8.C.de profess.& medicis lib.10.* Et hæ sunt 13. causæ excusationum: quibus & aliæ duæ adduntur inf. in § qui tutelam & §. seq. de quibus suo loco. Sunt & aliæ, quæ petendæ sunt *ex l.1.§.1.l.44.& l.ult.*D.*h.t.l.29.& passim* D.*eod.*

Ad §. Qui autem vult se excusare.

Diximus de singulis excusationum causis. Fieri autem potest ut plures simul in unum hominē concurrant. De his ergo hic agitur, ut & de tempore ac modo earum proponendarū. Primum autem admonendi sumus, si singulæ causæ sint imperfectæ, nec per se satis validæ non proficere eas ad excusationem & liberationem licet conjungātur ac permisceantur *l.15.§.19. D.h.t.l.unica* D.*qui numero tutel.* Deinde si quis unā ex pluribus excusationib. allegaverit & non probaverit, potest aliis uti intra constitutū tempus, ut *hic & l.21.D.eod.* Sic & aliàs nemo prohibetur

hibetur uti pluribus defensionibus sive exceptionibus *l.43.D. de R. I. cap. nullus de R.I. in 6.* Aliud est in pluribus actionibus concurrentibus quarum una tantũ experiri quis potest *d.l.43.§.1.* Differentiæ ratio est: quia actiones à jure civili introductæ sunt lucri acquirendi causa: Exceptiones autem, sicut & excusationes à naturali æquitate comparatæ sunt ad vitandum damnum *l.66.D.de R.I.* Semper autem magis favent jura ei qui solicitus est de damno vitando, quam ei qui certat de lucro captando. Et est hæc ratio quia faciliores & proniores esse debemus ad liberandum quam ad obligandum *l.47.D.de obl. & act.* Item quia exceptiones sunt favorabiles; favores autem ampliandi sunt *cap. odia de R.I.lib.6.* Modus porro excusationis hic est ut fiat non per viam appellationis, sed per contestationem, vel allegationem apud Judicem competentem, ut *hic & l.13. in pr. l. 16. D. eod. l.18.C.eod.* Si tamen alicuius excusationes fuerint reiectæ & repulsæ, potest ab hac sententia appellare *l.4.& d.l.13.vers.adversus D.h.t.l.1.§.1.D.quando appellandum sit, & sic accipienda est l.17.§.1 D.de appell.l.15.C.h.t.l.20. & 39. §. tutor D.de administrat.tutorum l.28.D.de tutor.& curat.* Aliud est in eo, qui ad aliquod munus vel honorem vocatur: is namque appellationem interponere debet, de quo vide *Cujac. lib.9. c.15.* Tempus legitimum, intra quod excusatio proponenda est, si quis in eadem civitate sit, vel intra centesimum ab urbe lapidem, sunt 50. dies, & quidem continui, non utiles: auctor est Imperator Marcus *l.13.§.aliud. l.16.l.38.D.h.t.l.6.11.& 16.C.eod.* Si quis absit ultra centesimum lapidem, id est, millium, in singulos dies vicena millia passuum, id est, quinque milliaria germanica ipsi attribuuntur, donec perveniat ad eum locum ubi Tutor datus est, *ut hic & d.l.13.§.aliud D.eod.* Hoc enim solet esse in jure iter diurnum *l.1.D.si quis cautionibus l.3.D.de V.S.* Amplius verò 30. dies addi debent, quasi ad respirandum ab itinere seseque recolligendum. Nunquam autem minus tempus quinquaginta dies concedi debent. Nam perabsurdum esset meliori conditione esse eum, qui vel est in urbe, vel propius ab ea abest, quam qui longius.

Comparatur autem hoc tempus ab eo, quo quis tutorem se datum esse rescivit *d.l.6 C.h.t.* & post 50. dies intra 4. menses continuos totum negotium hujus disceptationis peragendum est *l.38.D.h.t.* Post hoc tempus nemo ad excusationem admittitur nisi per alium mora facta sit; nam mora cuiq; sua nocere debet non alterius *l.39.D.h.t.* Dixi dies 50. continuos non utiles esse. Sciendum est enim tempora, id est, dies, menses & annos ita dividi in jure, ut alia sint continua alia utilia *d.l.13.D.h.t.l.1.D.de diversis temporal.præscriptis.l.8.D. de his qui notantur infamia l.1.§.dies D.de agnos.& alend.lib.l.5. §.sex a. mensium D.ut in possessione legatorum l.6.§.ult.D.de his quæ in fraud. credit. l. 2. in pr. & §. 1. D. quis ordo §. ult.1.de bono.poss.l.3.in fine D.de accus.l.10.§.30.dies D.ad Senatusconsultum Turpil. l.18.C.de furtis & l.ult.C.de tempor. in integrum restit.l.11.§. quidam D.ad l. Iul. de adulteriis. l. 5. & seq. C. eod. l. 31. §.1. D. de usuca.& alibi.* Dies autem continui sunt, qui se ordine naturali invicem sequuntur quales 365. continet annus. Dies utiles sunt qui olim dicebantur fasti teste Ovid. quibus est potestas experiundi juris sui vel agendi.

Sunt

Sunt etiam dies qui appellantur Sessionum qui & ipsi opponuntur continuis sed differunt tamen ab utilibus *d.l.2.C.quis ordo*. De quibus vide C*ujac.lib.2.cap.* 18.*& Duar. lib.2.disp. cap.16*. Sic & annus alius utilis alius continuus est *l.1.* D.*ex quibus cujus majores l.1.& 2.seq.* C.*de restit. militum.*

Ad §. datus autem.

Hæc sententia sumpta est ex *l.21.§ licet* D. *h.t.* Ubi etiam exceptio continetur ut scilicet tutor quo ad partem patrimonij ultra 100. lapidem sitam se excusare possit, ab administratione sane rerum quæ in alia provincia sunt tutor liberatur *l.10.§.& qui in testamento D.h.t. Idemque dicitur de curatoribus in l.2.* C.*eod.*

Ad §. qui tutelam.

Alia excusationis causa si quis alicui detur unus & tutor fuerit. Manifestum igitur est hanc causam pertinere tantum ad curationem, cum superiores 13. fuerint conmunes tutelæ & curæ. Idem dicitur *in l.20.C.h.t.& l.16.* D. *eod.* Ratio est quia ut ait Papin: satis abundeque sufficit si cui vel in paucis amici labore consulatur *l.39.§. qui se negotiis D.de adm.tutorum*. Quod etiam usurparunt Imperatores *in l.20.C.de negot. gestis*. Satis est, inquiunt, vel in una specie per amici laborem Domino consuli. Non debet igitur unus & idem nimium ab animo gravari. Excipitur libertus qui à Patrono tutor & Curator datus ejus liberis confirmabitur sine excusatione. Ratio est summum & inæstimabile beneficium libertatis quod à Patrone accepit. & pro quo omnia vicissim Patrono debet nisi ingratus haberi velit vide *l.5.C.h.t.*

Ad §. ijdem rescripserunt.

Alia excusatio eaque propria mariti: sicut autem non potest Tutor ducere pupillam suam ut supra dixi *ad t. de nupt.* Ita neque curator quis esse potest vel sponsæ vel uxoris sue ut *hic & l.4.C.eod.l.1.§.ult.D.eod.l.14. D.de curat. furiosi.l.* 2.C.*qui dare tutor.* eodemque modo nec nurui suæ Curator quis dari potest ne quidem post contractas nuptias *l.17.* C. *h. t.* Quamvis enim verba orationis D. Marci quæ est *in l.64.* D. *de ritu nupt.* deficiant: tamen manifestam ejus sententiam offenderet & labem pudoris contraheret. Si igitur datus sit excusare se potest, imo etiam debet nisi removeri velit: nec quicquam obstabit quod se jam immiscuerit administrationi: quamvis alias non audiatur ejus excusatio qui administrationem tutelæ semel suscepit *l.17.§.is.qui D.h.t.l.2.C si Tutor.vel cur.falsis allegationibus sit usus.* Ratio est quia maritus fortasse indulgentia Uxoris fretus, utpote quæ non auderet rationes ab ipso exigere, male versaretur in curatione & pro sua libidine grassaretur. Procurator tamen bonorum Uxoris esse potest maritus tam sine mandato, quam cum mandato *l.21.*C.*de procuratoribus, & l.ult.* C. *de pactis conventis.* Differentiæ ratio cur inquam maritus possit esse Procurator uxoris, & non curator est quia Procurator revocari potest quotiescumque voluerit Dominus qui ipsum constituit. sed curator esse desinit postquam minor factus est major. Quod si ante removeatur id fieri non potest sine

suspicione doli aut culpæ quæ inter conjuges locum habere non debet. Disputant hic Interpretes de bonis seu patrimoniis Mulierum, quorum tria faciunt genera: Dotem, parapherna, (quasi dicas præter dotem) & receptitia. Et dotis quidem Dominum esse maritum constante matrimonio, tum quoad fructus, quos facit suos pro oneribus matrimonij. *l.7.D.de jure doti. & alibi,* tùm propter actiones exercendas *l.9.C.de rei vindicat.* Paraphernorum esse legitimum administratorem. *d.l.ult.*C.*de pactis conventis.* In Receptitiis autem nihil Juris ipsum habere, de quibus intelligunt *h.§.& d.l.21.*C.*de procurat.* Sed apud veteres JCtos eadem fuisse videntur parapherna & bona receptitia: nempe quæcunque Mulier præter dotem sibi recepit, & sibi reservavit. De eo quoque dubitari potest in jure nostro quod vulgo receptum est: Maritum esse legitimum administratorem bonorum paraphernorum Uxoris suæ: quamvis hoc passim locorum probetur ll. municipalibus. Observa hîc oliter, quod alia significatione dicantur dotes receptitiæ *in l.31.§.fine* D. *de donat. mortis causa & apud Vlp. t. de dotibus* nimirum quam is qui dedit stipulatus est sibi reddi soluto. matrim.

Ad §. Si quis autem falsis.

Falsæ allegationes non prosunt ad excusationem, etiam si fortè Judex iis circum ventus liberum aliquem pronuntiaverit: ut *hic & t.*C.*si tutor vel* Curat. *falsis allegat.* Ratio est, quia nemini dolus & mendacium suum prodesse debet. Sic neque transactio, neque sententia ex falsis instrumentis aut testimoniis lata valet, & res in integrum restituenda est. *t. C.si ex falsis instrumentis vel testim.* judicatum sit. *l.42.C.de transact.c.9. extra de testibus & attest. l.33.* D. *de re judic.* Postremò de effectu excusationis sciendum est, ad eum qui excusatus est non pertinere periculum tutelæ. *l. 22. C. h. t.* aliàs enim ad eum qui cessat, quantumvis justam habeat excusationem, pertinet periculum. Sed an excusatus amittat legatum in testamento sibi ascriptum vide *l.28.& 32.cum seq.*D. *h.t.l.* 111 *etiam si.*D. *de legat.*1.

AD TIT. XXVI. DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

Hic quoque t.ult. communis est: Meritò autem posteriore loco agitur hîc de suspectis, quia suspecti postulantur ij plerunque qui jam administrare ceperunt: sed excusatio est eorum qui tutelam vel curam nondum susceperunt, nam ut supra dixi: Si quis semel susceperit administrationem, ejus excusatio non amplius attenditur. Porrò summa capitum hujus tit: est *in l.1. §.1.*D. *h.t.* Primum autem Imperator ait *ex l.1.§.2,*D.*h.t.* suspecti crimen descendere ex 12.tab: idemque indicat *Cic.de offic.* Verba legis hæc referuntur à Fulvio Ursino: Si quis doli mali culpæve suspectus in tutela si & ejus nomen qui volet defertur: ubi detulerit si doli mali arguerit prætor eum cũ flagitio removeto, ast si tutor rẽ pupilli curatus fiet, duplione pœnã luito. Crimen porro hoc loco idẽ valet quod accusatio ut *in l.21.in pr.D.de SCto Silan. l.7.D.de excus. &* alibi. Cognoscunt autem de suspecti accusatione ijdem Magistratus qui & dant tutores ut *hic. & d.l.1. §.damus l.19. D. h.t. l.1.§. suspecti* D. *ad SCtum Turpil.* Item legatus proconsulis ut

hic

hic & d.l.1.§.an autem D.*eod.l.4.*D.*de offic.ejus cui mandata est juris dictio.* Dices atqui suspecti acusatio, non potest examinari, nisi pro tribunali *d. l. 1. §. suspecti* D. *ad SCtum Turp.* Legatus autem non habet tribunal. Resp. Propter favorem & utilitatem pupilli singulariter hoc receptum est, ut aliis quoque hæc cognitio suspecti mandari & delegari possit *d. l. 4.* Porro hæc accusatio ad omnes tutores cujuscunque generis sint pertinet, sive tutela sit testa: sive legitima sive dativa, & sive sit legitima agnat: sive patronorum sive parentum sive Fratrum. Qua in re differt h.t.à.t.24. super. quia satisdatio non ad omnes tutores, sed ad legitimos tantum pertinet. Sciendum est tamen, non tam facile accusandos esse legitimos tutores quam alios: ac potius si opus sit Curatorem ipsis adjungendum *l.9.*D.*h.t.* Ratio posita est in necessitudine quæ ipsis cum pupillo intercedit: Et si quando omnino removendi sint, famæ, existimationi, & honori eorum parendum est, ut licet dolose & fraudulenter in tutela versati sint: tamen integra & illęsa existimatione, sineque ignominiæ nota à tutela abeant *ut hic.* nam contra patronos aut Parentes non sunt instituendæ actiones famosæ *l.11. §. 1. D. de dolo malo l. 5.* D. *de obsequiis parentũ & patro. præstandis.* nec facile conceditur liberto famam Patroni lacessere ut ait *l.38. §.9.* D. *ad l.Iul de adult.* Et in locum famosarum actionum dantur contra has personas actiones in factum sive utiles *de l.11.&l.11.*D.*de minoribus l.52.§.sed si filius* D. *de furtis l.11. D.de accusat.* De testamentario tutore est *l. 4.* C. *h.t.* Etsi enim fides & diligentia ejus à Patre electa & approbata est: tamen fieri potest ut qui primum bonæ frugi & vitæ videbatur, deinde postea male conversari incipiat *l. 3. §. quamvis D. de admin. tutorum l. 8. D. de confir. tutor.* Ac fieri potest ut morum improbitas ante celata vel ignorata tandem emergat: & semel approbatus postea reprobari potest *argum.l.11.§.3.*D.*de muner.&honor.l.6. §.& philosophos* D.*de excus.l.2.C.de.profeß.& medicis.*

Ad §. Consequens est.

Hæc descripta sunt ex *l.1.§.consequens* D.*h.t.* Ait autem accusationem hanc, vel ut est apud JCtum actionem esse quasi publicam. Nam sicut vere publica judicia sunt, quarum executio cuivis è populo datur *§.1.I.de publ judiciis.* ita & hæc suspecti postulatio omnibus patet, ut *hic & d.l.1.§.consequens l.3.§ 1.*D.*eod.&sup. in verb.l.12.tab.qui volet nomen deferto.* Differt tamen à vere publicis judiciis I. in eo quod illa sint de rebus ad Remp. pertinentibus principaliter: hæc tantum de re privata. Deinde quod in illis accusator desistens sine abolitione, incidit inpænam SCti Turpil: in hac non item: sicut nec in privatis delictis *l.1 §.suspecti.D.ad SCtum Tur.l.ult.*D. *de priva. delictis.* III. in eo quod judicio publico non est permissum mulieri quenquam reum facere *l.1.& 8.*D. *de accusationib. l.12.* D. *de his qui accusare non possunt.* Exceptis paucis casibus *d.l.1.& l.13.* D.*de accus.d.l.12.* C. *eod.* Sicut neq; quovis alio judicio pro aliis agere potest fœmina nisi pro conjunctis personis quæ per se agere impediantur *l.41.*D.*de procur.*

Ratio est, quia obstat verecundia sexus & pudor seu pudicitia matronalis, quæ non patitur eam inter esse conventibus Virorum *l.21. C. de procuratoribus l. 1. §. secũdo loco D.de postulando.* Ad h. vero accusationẽ ẽt fœmina admittitur, ut *h.& de l.1.§.consequens l.1.&7.C eod.* Quid ergò si nemo tutorẽ accuset ut suspectum? hoc

hoc casu si liqueat prætori ex apertissimis rerum argumentis eum talem talem esse, potest ipsum etiam sine accusatione repellere *l.3.§.præterea D.h.t.* Nã & alias sine accusatore potest quis condemnari à Judice ut contra vulgarem opinionem probat D*uar.lib.1.disp.cap.*38.Multo igitur magis hic ob favorem pupilli id receptum est.

Ad §.impuberes non possunt.

Impubes ad h. accusationem non admittitur ut *hic & l.7.*D.*eod.l.6.§.removendi & l.seq.* C. *eod.* Ratio est quia impubes non habet legitimam personam standi in judicio.Deinde quia nullum ferè ejus judicium est *l. ult. D. de manum. vindicta §.impuberes sup. de Attit. tut.* III. quia tutor est velut Patris loco cui ob reverentiam parcere debet pupillus: cum præsertim alij non sint defuturi, qui eum suspecti postulent: & etiamsi omnes cessarent, tamen Prætor ipse eum removere potest,ut modo dixi.Eandemque ob causam rectius fecerit& magis grate libertus, si ipse non accuset Patronum tutorem suum, sed aliis accusandum relinquat *l.3.§.1.D.h.t.*Puberes accusare possunt sed de cõsilio necessariorum ut *hic & d.l.7.* D. *eod.* sive arbitrio cognatorum bonæ opinionis ut ait *d.l.6.* C. *h.t.* Ratio est, quia horum maturius jam est judicium: & si quid ei adhuc desit hoc suppletur consilio cognatorum. His addendum est,quod etiam Tutor Contutorem suum suspectum augere potest *l.19.D.de administ.tutorum l.3.*D.*h.t.l.pen.*C. *eod.* Imo etiam debet ac nisi fecerit ipsi hoc imputabitur *l.41.* D. *de administ. tutorum & passim sub illo t.* Nec obstat etiam si ipse quoque ut suspectus fuerit remotus *d.l.1.D.h.t.* Denique notandum est religionem prætoris de suspecti crimine cognoscentis etiam in servo pupillari fraudes detegente instrui posse *l. ult.D.h.t.l.34.D.de administ. tutorum.*

Ad §.suspectus autem.

Ut sciamus contra quos institui possit h. actio, scire nos oportet, qui nam sint suspecti. Suspectus ergò non ex facultatibus, aut patrimonij viribus definiendus est; sed ex mala fide, dolo, fraude, & malis moribus etiamsi sit idoneus & solvendo, *ut hic & §. ult. vers. suspectum. n.infra. h.t.l.3.§. nunc videamus D.h.t.l.5.*C.*eod.l.31.§.1.*D. *de rebus auctoritate judicis possid.* Paupertas igitur suspectum neminem facit qui aliâs sit fidelis ac diligens: sicut contra neque divitiæ faciunt quo minus quis sit suspectus; nam ut eleganter ait *Modest. in l.scire 21. D. de Tut. & Curat.* Neque facultates neq; dignitas,tam apta est ad fidem alicui conciliandam quam boni mores & bonum propositum.

Ad vers.sed & antequam.

Regulariter quidem is accusatur tanquam suspectus, qui jam administrare cepit tutelam. Interdum tamen etiam is,qui nondum cepit à tutela arcetur ut *h. & l.4.§.ult.* D. *eod.* Nam ex ante acta vita conijcimus qualis quisque futurus sit imposterum, & præstat pupillo ab initio rem suam salvam conservari quam post vulnus quærere remediam *argumento l. ult.* C. *in quibus causis in integ.rest.& l.1.* C. *quando liceat unic.sine jud.seipsum vindic.*

Ad

Ad §. ſuſpectus autem remotus.

Pœna tutoris remoti eſt infamia, ſed eo tantum caſu quo ob dolum & fraudulentam adminiſtrationem removetur: Ob culpam autem remotus non efficitur famoſus *h. & l.3.§. ult.D. eod l.ult.C.eod.* Interdum hæc pœna non ſufficit ſed gravior etiam infligitur *ut §.ſi quis tutor infra. h.t.& §.ſeq.* Sic humiles & plebeij ſi quod factum atrocius admiſerint in tutela; item liberti ſi fraudulenter geſſerint tutelam liberorum Patroni publicis vinculis continentur vel ad præfectum urbis extra ordinem coercendi remittuntur *l.1.§.ult.& l.23.§.quia pecuniam* D.*h. t.§.libertus quoque infra.h.t.* Nam omnia admiſſa in Patronum & Patroni liberos gravius vindicanda ſunt, quam in extraneos *l.28.§.omnia D.de pœnis.* Doli definitio extat in *l.1.§.Labeo D.de dolo malo.* Culpa eſt triplex lata, levis & leviſſima ut pluribus exponam *infra lib.3 ad t.de oblig.* Hic tantum illud obſervetur culpam latam quæ etiam dicitur latior culpa ac ſupina & diſſoluta, negligétia dolo comparari, ſive eſſe prope dolum, & prope fraudem accedere: in contractibus inquam non in delictis ſeu criminibus *l.7.§.1.* D.*h.t.l.29.* D.*mandati.l.4.* D.*de Magiſtrat. convent. l.32.* D. *depoſiti.* Quæritur ergo hoc loco an ob latam culpam remotus fiat infamis. Et ſunt doctiſſ. Viri qui hoc dicant moti *l.ult.* C. *h.t.l. ult.§. ult.*C.*Arbit.tut.l.liberorum 11.§.notatur* D.*de his qui not.infam.* Deinde hac ratione, quia ubi abſolute nominatur culpa, ut hic, intelligi debeat levis. Ob latam igitur culpam, quando hæc prope fraudem accedat & dolo comparetur, remotum etiam fieri infamem putant, non recte ut opinor: Nam & Imper. in genere hic de omni culpa loquitur & negat ob eam remotum fieri infamem; *& d. l. ult.* C.*h.t.* de omni negligentia ſive ea ſit lata, ſive levis ſive leviſſima. Eſt autem hoc tralatitium vbi lex non diſtinguit, ibi nec nos diſtinguere debere. Quod autem Imperator hic ait, non æque perinde eſt, quaſi dixiſſet non idem; nec accipienda ſunt hæc verba, quaſi diſtinguendum eſſet in culpa, ut ſcilicet ex lata quidem remotus fiat infamis perinde, ut ob dolum: ex reliquis non item. Hoc enim eſſet jus civ. calumniari & verba captare, contra præceptum Pauli in *l.penul* D.*ad exhib.* Solet autem Prætor in decreto ſuo exprimere cauſam ob quam aliquis remotus ſit: quod ſi nullam expreſſerit mitiorem ſequemur interpretationem, ut ſcilicet dicamus remotum abiiſſe tutela, integra exiſtimatione ſua *l.4.§.1.& 2.*D. *h.t.argumento.l.pen.* D.*de pœnis.*

Ad §. ſi quis.

Pendente accuſatione & cognitione ſuſpecti interdicitur poſtulato adminiſtratione, ejuſque in locum alius ſubſtituitur *ut hic & l.7.C.h.t.l 14.§.1. D. de ſolut.* idque ideo ne tutor in doli aut culpæ ſuſpicionem vocatus eaque re irritatus deinceps revera eſſe incipiat, id quod dicitur, ut pulchre ait Claud: Cantiuncula hic: ſive ut pupillo conſulatur cui non expedit habere tutorem inimicum. Si igitur injuria accuſatus ſit & abſolutus, adminiſtratio ei reſtitui debet. Et ſi autem remotus Tutor his pœnis afficitur quas modo dixi: tamen in futurum ſecurus eſt nec periculum adminiſtrationis amplius ad eum pertinet *l.10.D.h.t.*

Ad §. sed si suspecti.

Morte Tutoris finitur suspecti cognitio: idemque de pupertate dicitur *l.1. C.h.t.* & generaliter idem dicendum est de aliis modis quibus tutela finitur *l.pen. D.h.t.* Ratio est quia primum omnia crimina extinguuntur morte reorum *l.2.3. C.si reus vel accusator mortuus fuerit*, excepto crimine læsæ Maiestatis, & perduellionis, aliisque de quibus *l.t.de hered. quæ ab intest.defer.§.per contrarium & infra de publicis judiciis.* Deinde quia ubicunque potest agi tutela ibi cessat suspecti accusatio *l.3.§.quæri potest D.h.t.d l.1.C.h.t.& l.pen.D.eod.* III. quia suspecti accusatione hoc intenditur ut quis à tutela removeatur. Ergo cum alia ratione hunc finem obtinuimus ut tutela alicui sit adempta, merito ea cessat ac desinit. Hæc igitur actio non transit ad heredes etiamsi lis contestata fuerit. Sed actio tutelæ etiam ad heredes tutoris transit, ut ea conveniri possit *l.1.§.h.actionē D.de tutel.& rationibus distrah.* Ratio differentiæ est quia illa est ex delicto & dolo: hæc est ex quasi contractu.

Ad §, Si quis tutor & §. seq.

Dixi paulo ante pœnam infamiæ interdum non sufficere susp. tutoribus sed etiam gravius in eos animadverti. Casus hic tres afferuntur I. est si tutor latitet, ne alimenta pupillo decernantur II. est: si præsens mentiatur pupilli facultates non esse tantas, ut ex illis alimenta decerni possint. III. Si officialibus seu ministrariis Prætoris pecunia corruptis tutelam redemerit. De I. Sciendum est, pupillo alimenta decernenda esse à Prætore: idque præsente tutore, & patrimonij vires indicante. Nam sicut dos, ita & alimenta pro modo facultatum cujusque constituuntur. Qua de re *vide t. D. ubi pup.educari debeat, & t. C. de alim pupil. præstan.* Si igitur Tutor latitet non solum removetur cum infamia ut suspectus, verum etiam pupillus mittitur in possessionem bonorum ipsius *l.3.§.tutor l.7.§. præterea D.h.t.* & hæc appellatur missio ex primo decreto, cui opponitur missio ex secundo decreto. Ratio est & cōtumacia tutoris strictiorib. remediis coerceatur, ut loquitur *l.3.C.h.t.* Latitare porro est, occultare se & copiā potestatēq; sive præsentiā. Sui nō facere *l.7.D.quibus ex causis in poss.eatur l.36.D.de reb. autor. Iudic.possiden.* Hæc autē missio tantum custodiæ causa & observationis rerum fieri solet *l.12.D.d.t.* Ac solet postea accedere missio ex secundo decreto. In priore verò missione vendenda sunt ea quæ mora & tempore deteriora futura sunt, sive quæ servando servari non possunt *ut hic.* Alter casus est, quo Tutor non latitat, cum de alimentis pupillo constituendis agitur sed copiam sui facit. Cæterū mentitur tantum esse pupilli inopiam ut non habeat unde ipsi alimenta constituantur. Hujus mendacij pœna est ut non tantum removeatur tanquam suspectus & infamia notetur: sed etiam ad Præfectum urbis remittatur extra ordinem puniendus ut *h.& d.l.3.§.sed si non latitet D.h.t.l.1.§.solent. D.d.offic.perfecti urbi.* Tertius casus est cum quis tutelā redemit coruptis ministeriis Prætoris, hic quoque ad Præfectū urbi mittitur cum elogio. *d.l.3.§.sed si non latitet D.h.t.d.l.1.§. solent. D.de officio præfect.urbi.* Cū elogio mitti est cū judicio criminis bona fide facto *l. 3.in pr.D.de re milit.l.6.D.de custodia & exhib.reorum.* Sic etiam dicimus exhereda-

dationem

dationem fieri cum elogio id est expressa ingratitudinis causa *ut l. dicam ad t. de inoff. test.* Ministeria prætoris sive officia sunt ministri vel officiales ejus. Ratio est: quia hoc ipso suspectus quis est quod operam suam ingerit *l.25.* D. *de procurat.* & maxime in tutela quæ munus est necessarium ut supra dixi. Quid ergo si quis seipsum filio testatoris impuberi tutorem asscripserit? respondet Paulus eum etsi suspectus esse præsumitur. quod ultrò tutelam affectasse videatur: tamen ex decreto dandum esse Tutorem, si probetur idoneus: & quidem sine excusatione dandum esse *l.18.§.1.D.ad l.Corn.de falsis.*

Ad §. Libertus quoque.

Quartum exemplum in quo præter infamiam alia quoque pœna tutor suspectus afficitur est in liberto, qui liberis patroni sui tutor datus est, & merito. Nam Libertus quanto majus beneficium à patrono accepit, tanto magis ipsi devinctus est ad obsequium & reverentiam *t.t.* D. & C. *de obsequiis.* tanto etiam gravius punitur si in eum ejusve liberos aliquid deliquerit ut *hic l.2.D.h.t.& l.4.l.10.C. de administ.tutorum l.28.§ omnia* D. *de pœnis.*

Ad §. Ult: nov ssime autem.

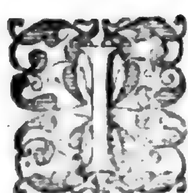
Hic §. sumptus est *ex l.5.6.&* 8.D.*h.t.* Quæri autem poterat an tutela relinquenda esset penes eum qui vel jam satis dederit, vel adhuc satisdare paratus sit. Dubitandi ratio erat quia satisdatione cautum est pupillo ut supra dixi *ad t. de satisd. Tutor.* Contrarium tamen responsum est propter rationem hic in textu expressam *ex d.l.6.* Et huc pertinent quæ supra dixi. Melius esse intacta cujusque jura servari, quam post causam vulneratam remedium quærere Postremò ait Imper. *ex l.8. D. h.t.* propter paupertatem neminem removeri, ut suspectum: modo cum paupertate conjunctam habeat fidem & diligentiam: mores enim potius quam patrimonij vires hîc spectantur *l.5.*C.*h.t.* Eleganter Theodorus Græc. Scholiast: ἀξιοπιστότεροι γὰρ εἰσὶν ἐπὶ τῶν ἐπιτρόπων οἱ ἀγαθοὶ τρόποι παρὰ τὴν εὐπορίαν τὴν δοκιμήν. Et ut ait Pompon: *l.112. in fine* D. *de V. obl.* plerunque idonei non tàm patrimonio quam fide quoque æstimantur & Ulp. *l.5.§.1.* D. *pro socio.* Plerunque pauperior opera supplet, quantum ei deest per patrimonium. Multi enim reperiuntur boni Viri sed pauperes ut est etiam *apud Aristoph. in Pluto.* cujus rei causas investigat *Arist. in proble. sectione 29.cap.4. & Q. Curcius lib. 4. de quodam inquit.* Causa ei paupertatis sicut plerisque probitas erat. Et *Petronius Arbiter in satyrico.* nescio quomodo inquit, bonæ mentis soror est paupertas. Idemque alibi. Amor ingenij neminem cuiquam divitem fecit. Sic proverbiali versu jactatū est illud: οὐδεὶς ἐπλούτησε ταχέως δίκαιος ὤν, h.e. Nullus repentè vir bonus ditatus est. Et *de Lactantio scribit Hieronymus in chroni. Eusebij.* eum adeò pauperem fuisse, ut plerunque etiam necessariis indiguerit. *Vide Francis. Petrarcham lib. 2. de remed. utriusque fortunæ* Dial.9. Sciendum tamen Tutor ita sit egenus ut per id periclitetur substantia pupilli, non quidem removeri eum, sed tamen Curatorem ei adjungi *l.6.vers.quod si nihil.* C. *h.t.*

FINIS LIBRI I.

CONRADI RITTERSHUSII COMMENTAR.

AD TIT. I. LIBRI SECUNDI.

DE RERUM DIVISIONE.



US personarum breviter uno lib. continetur & absolvitur. Jus rerum latius patet: in cujus explicatione duo seqq. libri cum parte quarti consumuntur, porrigitur enim *ad tit. 6. libri 4.* In hoc tractatu duo principatum obtinent, ac velut familiam ducunt: Dominium, ejusque acquirendi modi, & obligationes. De Dominio prius, quia & antiquius, quia opt. ac plenis. jus rei, quia denique substantiam q. rei ipsius continet: cum obligatio sit personæ vinculum & ad accidentia duntaxat rerum pertineat. *Wesenb. ait*, quia ex dominio oriatur obligatio. Sed hoc nusquam lectum est. Imo obligationum aliæ sunt causæ, ut infra suo loco dicetur. Ex dominio autem ut jure in rem, etiam actio in rem oritur, non in personā: Datur enim in eum qui nullo jure nobis obligatus est, §. 1. *inf. de act.* Modi acquirendi dominij sunt vel ex jure naturali seu gent. vel ex jure civ. Illi omnes sunt singulares, hi partim singulares: ut Usucapio, donatio, legat. fideicommiss. singulare, partim universales, ut hereditas, quæ aut testamentaria est, aut legitima seu ab intestato: ut bonorum possessio: successio per arrogationem: addictio bonor. libertatis conserv. causa. Q. An servitutes quoque ad modos acquirendi dominij pertinent? Id quidam putant: mihi verum non videtur.

Hic tit. bimembris est: nam duo separati tituli Digest. in hunc relati sunt: I De *divis. rer. & qualit.* (*lib. 1. tit. 8.*) & de acquir. rer. dominio (*qui est tit. 1. lib. 41.*) Testantur autem docti Viri in manuscript. libris verba illa hujus inscriptionis. (Et acquirendo ipsarum dominio) non reperiri. Nec obst. ei lectioni, quod duo sub hoc tit. tractantur: Divisiones rerum & modi acquirendi ipsarum dominij. Nam & alias in jure inscriptio ab una tantum parte sumi solet: Ut a. *sup. lib. 1.* de personis & rerum jure per aliquot divisiones Imperator explicavit: ita hic in rerum tractatu quoque similiter facit, & *inf. de act.* Est enim hoc opus totum Institutionum in forma partitionum scriptum, seu methodo definitiva (*διαιρετικῇ*) Videri possunt ad hunc tit. quæ scripsit *Connan. lib. 3. cap. 1. & 6. sequētib.* Prima igitur (ut & Theoph. vocat) summa divisio rerum hæc est, quod aliæ sunt in nostro patrimonio, aliæ extra patrimonium, ut *hic in pr. & l. 5. D. de V. S.* Patrimonium idem est quod bona & dominium, sive bona à patre ad nos pervenerint, sive à matre sive denique ab extraneis. Quod autem doctissimi Viri putarunt: Matrimonium præter vulgarem significationem, qua idem est quod nuptiæ, etiam pro bonis maternis usurpari à Seneca, Suetonio & Valer Max. falli eos demonstrat Isaacus Casaubonus *in Animadvers. ad Sueton.* Idem ergò est ac si dixisset Imp. Rerum aliæ sunt in vel ex bonis nostris, aliæ extra bona, ut Cajus in *l. 1. D. h. t. & Paul. in l. 1. D. de Usu & Usufr. leg.* Sive aliæ sunt in dominio alicujus, aliæ

aliæ in nullius sunt dominio. Pro eodem hic accipimus: esse in bonis alicuius, & esse ex bonis, quæ duo alia consideratione differunt *§.ult.inf.de vi bon. rapt.* & explicatur *in l.52.rem in bonis.* D.*de acquir.rer.dom.* Erat olim & dominij species una, quæ dicebatur in bonis, cui opponebatur dominium ex jure Quiritium: quod is habere dicebatur, cui res erat vel mancipata, vel in jure cessa, vel usucapta, *Theoph.ad tit.sup.de libertinis.* Sed hęc distinctio dominij sublata est à Justiniano *in tit.C.de nudo jure Quirit.tol.* ut hodie dominium sit uniusmodi: *de quo inf.latius.* Notandum hoc loco, Rei appellationem latissimè patere, de quo videatur *d.l.5.6.23.72.D de V.S.* sicut interdũ etiam pecuniæ verbum *l.178.& 222.* D.*eod.tit.* Secunda divisio est prioris subdivisio quædam, & explicatio alterius membri. Nam res quæ extra patrimonium sive nullius sunt, vel naturali jure communes sunt omnium, vel publicæ, vel universitatis, vel nullius. Quæ verò in patrimonio seu bonis seu alicuius sunt, ea hîc singulorum seu privatorum esse dicuntur, ut hic vers. quædam, qui descriptus est *ex l.2.D.h t.* Nec movere quemquam debet, quod res nullius aliter atque aliter accipiantur. Non enim hoc novum est in jure. Nullius est proprietas litorum & maris. §. *litorum. inf. h. t.l.51.D.de contr.empt.* Nullius est insula in mari §.*insula.inf.h.t.* Nullius sunt feræ bestiæ, volucres & pisces priusquàm capiantur. §.*feræ inf.h.t.l.3. D. de acquir. rer.dom.* Nullius etiam sunt res universitatis, *teste Cajo lib. 2. tit.1.* Nullius est hereditas nondum adita sive jacens, sive ex qua nondum heres aliquis extitit *l.1. D.h.t.* Nullius est thesaurus §.*thesauros inf. h.t.* Nullius est res pro derelicto habita §.*hoc amplius inf.h.t.* Nullius denique sunt & res sacræ, religiosæ & sanctæ *l.in tantum 6.§.2.D h.t.§.nullius inf.h.t.ubi Mynſ.n.3. quinque modos recenset*, quibus res nullius esse dicantur 1. censura seu ob reverentiam. 2. Natura. 3. Eventu quodam & casu. 4. Temporis diuturnitate. 5. facto hominis. Et hæ quidem per eminentiam sic dicuntur, quod neque jam sint alicuius, neque esse possint: cum priora pleraque alicuius fieri possint. Singulæ harum specierum deinceps subjectis exemplis declarantur, quæ qualia sint mox videbimus. Etsi autem *Cajus in l.1.D.h.t.* paulo aliter Res dividit, nam alias facit divini Juris, vel quodammodo divini: iisque subjicit res sacras, religiosas & sanctas, alias humani, quibus subjicit res publicas sive universitatis, & res privatas sive singulorum: tamen utraque divisio eodem recidit. Nec novum est JCtis, ut alius aliter rem eandem dividat. Sic & *sup.lib.1.* vidimus discrepare inter se Ulpianum, Cajum & Paulum in divisionibus Juris. Sunt & aliæ rerum divisiones in jure usitatæ: V. G. ut aliæ sint mobiles, vel se moventes, aliæ soli, sive immobiles, sive quod idem est, quæ solo continentur. §.*1.I.de inut.stip.l.7.§.4. in peculio.D.de pecul.l.15. à Divo.§.2.in venditione.D.de re judic.l.unica.§.7.vers.exactio,C.de rei uxor. act.l. ult.C.de quadrien.præscript.* Quærunt Dd. An nomina sive debita sint annumeranda rebus mobilibus, an verò immobilibus? ℞. Cum nomina sint jura & res incorporales, neque mobilia sunt, neque immobilia, sed propriam quandam ac separatam speciem rerum constituunt, ut in *d.l.15.& d.l.unica. & d. l. ult. videre licet.*

Ad §. 1. Et quidem & §. 5.

Rerum communium exempla quatuor hîc tantùm afferuntur, quamvis plures sint, ut Insula in mari nata, alveus maris, gemmæ, lapilli, & alia, quæ in litore ac mari reperiuntur: Item aves, pisces & feræ, ut infra intelligetur. Deinde quodnam jus sit harum rerum exponitur. Initio a. admonendum est, quasdam (ut litora) harum rerum, quæ hîc vocantur communes, interdum à JCtis dici publicas, ut §. *litorum. infra h. t. & l. 10. Aristo. D. eod. l. 14. 50. & l. pen. §. 1. D. de acquir. rer. dom. l. 45. D. de usucap. Item à Cicerone in Topic.* Sicut contrà quædam (ut flumina) quæ mox dicentur publica, alibi vocantur communia, ut *in l. 24.* D. *de dam inf.* Nam publicum variis modis accipitur. Nonnunquam latissime patet, idemque valet quod commune, ut in *d. l. 45. & d. l. 14. & d. l. 50.* Aliàs angustius est, aliàs denique angustissimum. Dicam, si potero, planius, publica alia sunt Juris naturalis, sive omnium hominum inter ipsos communia: alia sunt civiliter publica. Et rursum horum quædam sunt publica populi Romani, propriè sic dicta: quædam sunt publica abusive, ut civitatum sive municipiorũ *l. 9. D. de usucap. l. 15. & 2. ll. seqq.* D. *de V. S.* Publica populi Rom. rursus sunt triplicia: vel imperio & jurisdictione, ut *l. 3. D. ne quid in loco pupl.* Vel patrimonio sive dominio ac proprietate *l. 14. quod in litore. D. de acq. rer. dom.* Vel denique usu *d. l. 16.* D. *de V. S.* Sunt igitur res communes istæ: I. Aer, (Etymologias aëris omitto, *ὅτι αἴρει ἢ ἀεὶ ῥεῖ. ἢ παρὰ τὸ ἄω τὸ πνέω, unde ἄηται, venti. ἢ ὅτι μὴ ὁρᾶται, παρὰ τὸ ἀ καὶ ὁράω.*) ut hîc *d. l. 2. D. eod. d. l. 3. §. 1. D. ne quid in loc. l. 13. §. 7. si quis.* D. *de injur. Cic. pro S. Roscio* (ubi de parricid. supplicio.) II. Aqua profluens, ut hîc, & *d. l. 2.* *Cic. 1. de offic. Ovid. 6. Metam.*

Quid prohibetis aquas, usus communis aquarum est.

Dicitur aqua profluens ea, quæ est maris & fluminum, ad differentiam aquæ, quæ est in stagnis aut lacu, vel quæ ex fonte fluit in loco privato. Nam hæc aqua non est communis, sed privatorum propria. *l. 4. aquam. & l. 6. præses.* C. *de servit. & aq. l. 13. in fi. D. de injur. l. 112. D. de V. S.* III. Mare, ut hîc, & *d. l. 2. ff. eod. d. l. 13. ff. de injur. Cic. pro Roscio.* IV. Litora maris, ut hîc, & *d. l. 2. d. l. 13. l. 51. ff. de contr. empt. l. 24. ff. de dam. infect.* Quid sit litus, Inst. dicitur. Nec obstat, quòd litora interdum dicantur publica, ut supra dictum. Non obstat item, quòd litora dicuntur esse populi Romani. *l. 3. ne quid in loco publ.* Hoc enim est accipiendum de imperio, ut est in ipsa lege. Harum rerum jus hoc est, ut proprietas quidem sit nullius, sed usus pateat omnibus. §. *litorum. inf. h. t.* Licet igitur unicuique ad litus maris accedere, naves illuc appellere, funes ibi religare, piscari, in mari navigare, quærere lapillos & gemmas, occupare partem aliquam litoris pro sua commoditate, & ibi ædificium, vel villam vel casam extruere. *l. 4.* D. *ne quid in loco publ. &c.* Et qui in loco usu aliquem impedit, is injuriarum actione tenetur. *d. l. 13. §. 7. D. de injur.* Sed ut alibi, ita hîc quoque occupantis melior est conditio,

ditio, *arg.l.19. Inter eos.D.de re judic.* Nam qui in litore spatium aliquod occupavit, & vel ædificium, vel casam, vel villam ibi posuit, prior suum illud fecit, neque tantum quod extruxit, sed solum ipsum etiam *l.14.D.de acquir.rer.domi. l.6.in pr.D.h.t.* Idque hic singulare est, cum aliàs ædificium sequatur naturam & conditionem soli §.*cum in suo solo.&* §.*seq.inf.h.t.* Sed hoc intelligendum est tàm diu dum ædificium consistit; cum ædificio in litore dilapso locus in pristinam causam revertatur quasi postliminij jure, ideoque tum sine injuria ab alio denuò occupari possit *dd.ll.* Breviter, Litorum usus communis quidem est, sed ita, ne is qui prior occapavit, à suo usu per alium detrudatur aut impediatur *l.45. D.de usucap.* Ratio est hæc, cur ista omnia jure naturali sive gentium communia sint, quia ab initio omnium gentium consensu tacito hæ res relictæ sunt liberæ & communes, cum occupatio fieret cæterarum, & dominia distinguerentur. Hodie tamen à regibus & Principibus hæc libertas & communio istarum rerum valdè est imminuta, de quibus non immeritò illud Ulpiani dixeris, quod *in l.13.prope fi.D.de injur.* usurpatum hoc est, tametsi nullo jure. Aber grosse Herren haben groß Recht. Sed hac de re infra dicetur, ubi de venatione, piscatione & aucupio.

Ad §. 2. *Flumina.* & §§. 2. *seqq.*

Secundò extra patrimonium sunt publicæ res, ut flumina, portus & ripæ *l.4.§.1.& l.seq.* D.*h.tit.3.in pr.D.de flumin.§.Insula. infr.h.t.§. riparum infr.eod.l.7. adeò.§.5.quod si toto.D.de acquir.rer.dom.d.l.45.*D.*de usucap.d.l.24.*D. *de dam. infe.* Notandum est autem quod ait Martianus in *d. l.* 4. D. *h.t.* Flumina penè omnia publica esse: quia quædam non sunt publica, sed privata, ut ait *l.1.§.3.&* 4. D. *de flumin.*

Flumen hîc accipiendum est perenne, quod semper fluat; cui opponitur torrens *d.l.1.§.2.* Item fluminum D. *de flumin.* Portus ab importandis & exportandis mercibus dicitur: quæ alio nomine est statio *l. 59. Portus.* D. *de V.S.* Ripa est id quod flumen continet, & naturalem rigorem cursus sui tenet: sive quæ plenissimum flumen continet *l.1.§.5. ripa. l.3.* §.1. *D. de flumin.* Ex his facilè intelligitur, quomodo litus à ripa differat. I enim Ripa est fluminis: litus est maris, & quidem quatenus hibernus fluctus maximus excurrit, *ut hic. l. 96. litus l.* 112. D. *de V. S. Cic. in Topic.* (quem Celsus in *d.l.96.* adducit) Fluctus maximus à veteribus etiam decumanus dicitur. II. Litorum proprietas est nullius, usus est communis, ut sup.dict. Riparum proprietas seu dominium est privatorum, quorum prædiis scilicet hærent, id est, qui habent agros vicinos & confines. Cur riparum usus sit publicus, ratio est, quia & flumen est publicum, cuius usus non constaret, vel certè incommodior esset futurus sine ripis. Huc facit quod vulgò dicitur *ex l.2.D.de jurisd.* Concesso uno concessa videntur omnia, sine quibus id explicari non potest. Cur proprietas riparum non sit publica, sed privatorum, ratio est, quia ripæ sunt quasi partes agrorum sive prædiorum, quibus adhærent, unde à flumine, quod privatorum ægros occupavit, decisæ videntur.

Quæ

Quæ eadem ratio inf. quoque adferetur, cum de proprietate insulæ in flumine natæ agetur. Si ergo ripæ, quo ad proprietatem, sunt privatorum, ergo & arbores & plantæ in ripis natæ eorundem erunt *ut hic & l.5.in fin.pr.D h.t.* Semper enim plantæ & arbores cedunt solo. §.*si Titius.* & §.*seq.inf. h.t.*

Ad §. 6. Universitatis.

Tertio extra patrimonium nostrum sunt Res universitatis *l. 6. in tantum* §. 1.D. *eod. & hic.* Universitas aliàs significat corpus & collegium quoddam licitum, (quod alibi commune dicitur, ut commune Asiæ, &c.) quod opponitur singulis hominibus *ut in tit.D. Quod cuiusque universit. nomine.* Hic universitas idem est quod civitas, unde etiam istæ res dicuntur publicæ civitatium, item cõmunes civitatium, *ut l.9.D.de usucap.& d.l.6.§.1.D.h.t.& hic.* Item publica loca §.*ult.inf.de empt.& vend.l.83.§.5.sacram.l.137.§.6.cum quis* D.*de V.O.* Talia sunt theatra (quæ Cassiodorus visoria appellat) amphitheatra, stadia, porticus, Basilicæ (erant loca ampla & spatiosa in foro publicis usibus relicta & accommodata, à similitudine regiarum sic dicta) Fora, balnea. Hæ res non sunt civium singulorum pro parte, ut nec servus nec libertus civitatis est *d.l.6.* D.*h.t.* Usibus tamen populi perpetuò exposita sunt, ut ait Imper. §. *idem Iuris. inf. de inut.stip.* Obs. obiter, in theatro locum fuisse Romæ, qui Equestria dicebatur. Is non omnium civium, sed Equitum communis erat, qui in eo assidentes spectabant ita ut occupantis melior esset conditio: *teste Seneca lib.7. de benefic. cap.12. Eorundem & apud Petronium Arbitrum est mentio.*

Ad §. Nullius.7. & §.seq. Sacræ.

Quartò extra patrimonium sunt res nullius, quæ, ut sup. d. per eminentiam sic appellantur, cum tamen etiam cæteræ res sint nullius. Tales sunt res sacræ, religiosæ & sanctæ. Singulorum definitio & jus quod sit, ordine exponitur. 1. igitur ut res sint sacræ, hæc tria concurrere oportet: 1. ut Deo sint dicatæ, sive consecratæ. Sacrum enim propriè Dei est, ut ait Aggenus Urbicus ad Jul. Frontinum: & opponitur profano, ut infrà profanũ dicitur quòd quasi procul sit remotum à fano. 2. ut per Pontifices, vel per Principem, eiusvè jussu *l.9.* D. *h.t.* Princeps enim ut alia jura, ita Pontificatum maximum in se transtulit: idque publicè fieri oportet, non privatim. Nam si quis sua auctoritate sibi locum quasi sacrum constituerit, is manet profanus, *ut hic.vers.si quis.* In quo differt res sacra à religiosa, quam quisque sua voluntate & auctoritate propria constituere potest, *ut inf.dicetur ad §. religiosæ.* Res sacræ ideò dicuntur pertinere ad jus publ. §. *huius studij sup. de just. & jur.* 3. requiritur, ut ritè, id est, sollenniter & conceptis verbis sint consecratæ. De consecratione seu dedicatione Ethnicorum (Weihung) videatur *Gellius lib.4.c.9.* & eius plagiarius *Macrob.lib.3.c.7. Festus in verbo Religiosus. Item de Christianorum rebus sacris vid. Decret. Gratiani in jure Canon.* Exempla sunt Ædes sacra seu Ecclesia, donaria & vestes ac vasa sacra, quæ etiam anathemata à Græcis vocantur, & loca sive prædia Ecclesiastica. Sacrarium in hoc numero non est, quod etiam in privato ædificio esse potest. *l. 9.* D.*h.t.*

Aliud

Aliud est locus sacer, aliud sacrarium. *l.1.D.ne quid in loco sacro.* Adeò autem Ecclesia sacra est, ut etiam diruto, vel collapso, vel combusto ædificio, ipse locus sive area & solum non fiat profanum, sed sacrum maneat, *ut hic & l.6.§.sacra. vers. semel.*D.*eod.l.73.*D.*de contr.empt.* qui locus Papiniani hìc citatur. Nam dedicatio & consecratio templi ipsam quoque aream ita affecit atque occupavit, ut qualitas ista etiam postea ipsi inhæreat: sicut & domo oppignerata exusta nihilo minus obligata manet area.

Notanda est igitur hìc differentia inter ædem sacram & ædificium profanum sive privatum in litore extructum. Hoc enim dilapso locus non amplius manet privatus, sed in pristinam causam quasi postliminio redit, ut supra dict. Desinit tamen res esse sacra, si ab hostibus capta sit *l.36.* D. *de relig. & sumpt. fun.* Porrò jus rerum sacrarum hoc est, ut prohibita sit earum alienatio; Immobilium quidem omninò; mobilium vero plerunque excepta causa redemptionis captivorum, & famis, item æris alieni *l. 21. Sancimus & auth. præterea.* C. *de Sacrosf. Eccles. Nov.* 120. *De alien. & Emphyt. S. Ambrosius lib. 2. offic.* addit & alias causas sive exceptiones, ut alimoniam pauperum, sepulturas fidelium & ædificationem templorum, qui locus citatur *in c. 70. aurum 12 quæst.2.* Videatur & *c.13.cum 2.seqq.eod,causa.* Ratio regulæ est, quia semel Deo dicatum non est ulterius ad usus humanos transferendum. *c.51.semel.de reg.jur. in 6.* Et res sacra non recipit æstimationem *l.9.§.ult.D.h.t.*

Ratio casuum exceptorum est, quia non est absurdum animas hominum quibuscunque vasis vel vestimentis præferri: ut ait *Imp.in d.l.21.* Et ut ait Ambrosius: Melius est, vasa viventium servari quàm metallorum *d. c 70.* Etsi autem sacra, ut sup. d. propriè sint publica: habebant tamen Romani etiam privata quædam sacra: de quibus est *l.9.sacrilegi.§.1.D.ad l.Iul.pecul. & dixi supra ad fin.tit.de patr.potest.* Videatur & proverbij explicatio, sine sacris hæreditas: quo Plautus sæpè utitur.

Ad §. 9. Religiosum.

Initio observandum est, Romanos ut sacra quædam familiaria ac domestica, ita & sepultura habuisse tum familiaria, tùm hæreditaria, ut videre licet *l.4. 8. & 13.* C. *de relig. & sumpt.fun.l.5. & 6.D.eod.* Unde jura sepulcrorum dicuntur, *in l.1.§.3. interdum D. de suis & legit.* Unde apparet, ea quæ hìc afferuntur gentilem quandam superstitionem redolere, sicut & alia nonnulla paganismi vestigia in Pand. sunt relicta, verbi gratia, quod do evocatione sacrorum dicitur *l.9.§.1.*D.*de rer.divis.* Item de oleo pro uxore in æde sacra posito à marito *l.5.§. 12.proinde.D. de donat.int.vir. & uxor.* de lucerna ad monumentum alternis mẽsibus accendenda *l.44. Mævia.*D. *de manum. testam.* Hodie Christiani publica cœmiteria habemus: ut ita hic §, quo ad nostres mores, non sit admodum utilis: qui tamen & propter legum intelligentiam multarum, tùm propter antiquitatis cognitionem breviter nobis explicandus est. Conferatur *tit.* D. & C. *de relig. & sumpt. fun.*

Duo autem hìc explicanda sunt. I. Quid sit res religiosa & quomodo fiat.

II. Quodnam sit eius jus. De primo sciendum, Rem religiosam non esse quamlibet, sed tantùm locum, id est, rem immobilem: in quo differt à re sacra, quæ potest esse tàm mobilis, ut donaria, vestes, vasa, quàm immobilis, ut ædes sacra: quamvis Ulp. & Martianus etiam pecuniam aliquam religiosam vocat *in l. 1. & 4. D. Ad L. Iul. pecul. unus sumptus §. 9. inf. de publ. jud.* Deinde res religiosa fit non per consecrationem seu dedicationem, ut sacra, sed per illationem sive sepulturam seu humationem mortui vel reliquiarum *l. 5. §. 8. cum seqq. D. de donat. int. vir. & uxor.* Oportet autem illationem factam esse perpetuæ sepulturæ causa, nō ad tempus *l. 2. §. 3. D. de relig. & sumpt. fun. l. 39. &* 40. *D. d. t. l. 19. C. eod.* Nec interest, servus sit an liber, qui sepultus est *d. l. 2. in pr. D. de relig.* Quid si corpus dissectum pluribus in locis sepeliatur? Resp. Paulus illum locum fieri religiosum, ubi caput conditum sit *l. 44. cum in diversis. D de relig.* Nam caput est pars principalis & velut arx corporis, ut ait Serenus:

Principio celsa de corporis arce loquamur.

Et *Manilius extremo lib. 4, Astronomic.* Stetit unus in arcem erectus capitis. Loquitur de hominis præstantia. Et quidem principem hominis partem esse caput, *Heraclides Ponticus quoque in allegoriis Homericis* admonet his verbis: λοιπὸν οὖν καταλείπεται ζητεῖν, ἐν ᾧ τόπῳ τὸ λογικὸν ἵδρυται μέρος, ἔστι τοίνυν ἡ κεφαλὴ καθ' Ὅμηρος ἐν τῷ σώματι τὴν κυριωτάτην εἰληχυῖα τάξιν. ὅλον οὖν ἐκεῖθεν ὀνομάζειν τὸν ἄνθρωπον ἐξαιρέτως ἀφ' ἑνὸς τοῦ κρατίστου τὰ λοιπὰ δηλῶν· τὴν γὰρ κεφαλὴν ἕνεκ' αὐτῶν γαῖα κατέσχεν. τὸν αἴαντα, καὶ σαφέστερον ἐπὶ τοῦ Νέστορος ἵππου, κυριώτατον ἀποφαίνεται τοῦτο τὸ μέρος, &c.

Præterea res religiosa constituitur propria autoritate, sive uniuscuiusque voluntate, qui mortuum intulit: In quo item differt res religiosa à sacra, quæ fit publice, pontificum vel principis auctoritate. Sed locus, in quem mortuus infertur, vel suus est & proprius inferendis, vel est communis: & hic rursum vel est purus vel religiosus; (Locus purus teste Ulp. est, qui neque sacer neq; sanctus est, neque religiosus, sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur *l. 2. §. purus autem 4. D. de relig.*) vel ita est proprius, ut alius habeat in eo usumfruct. vel denique est plane alienus. Quibus addendus est *ex l. 8. D. de relig. & sumpt. fun.* locus publicis usibus destinatus. De his ita jus est, ut locum suum quisque possit religiosum facere: quia suæ rei quisque liber vel moderator arbiter *vulg. l. 21. in re mand. C. Mand. l. 2. D. si à parente quis manum. fit l. 7. statuas. C. de relig. &c.* 2. Si locus communis sit purus, non potest unus ex sociis, reliquis invitis, eum facere religiosum *ut hic & l. 6. D. eod. l. 2. §. 1. D. de relig. & sumpt. fun.* Ita enim deteriorem faceret sociorum conditionem, cum locus religiosus eximatur commercio, ut mox dicetur.

Quid ergo si intulerit? Resp. Conveniri potest actione familiæ ercisc. vel communi dividundo *d. l. 2. § 1.* Consentientibus omnibus potest, quia volenti non fit injuria. Sin locus communis jam ante sit religiosus, potest unus ex sociis etiam invitis cæteris, in eum inferre mortuum suum. Hoc enim casu jure suo utitur, neque conditionem sociorum facit deteriorem. Quid si extraneus inferendus sit? Resp. Tum omnes domini consentire debent *l. 41. si plures. D. de relig. &*

lig. & sumpt. fun. 3. Si alius loci habeat usumfr. alius nudam proprietatem, neque proprietarius invito usufructuario, neque usufructuarius invito proprietario eum religiosum facit *l. 2. §. 7. si usumfr. D. de relig. l. 43. d. t.* Ratio est ferè eadem quæ in præcedenti membro, quia alter alterius conditionem non debet facere deteriorem *l. 74. non debet* D. *de R. I. l. 13. §. 4. fructuarius.* D. *de usufruct.* Excipitur unus casus, cum nimirum proprietarius eum inferre vult, à quo ususfr. est relictus, præsertim si aliò non possit *d. l. 2.* Idem est in fundo, qui servitutem debet *l. 2. §. locum. 8. D. de relig.*

Illud tamen observandum ei qui in alienum fundum infert, utile interdictum dari *l. 43. D. h. t.* 4. Si locus sit planè alienus, invito domino non potest fieri religiosus *l. 2. § 1. & 2. D. de relig. l. 2. C. eod.* Ratio est, Quia in re aliena nihil juris habemus, ideoque eam alienare prohibemur, *tot. tit. C de reb. al. non alien.* Si quis mortuum intulerit, tenebitur in factum actione, & pœnæ pecuniariæ subjicietur *d. l. 2. §. 2.* & vel tollet id quod intulit, vel loci pretium præstabit *l. 7.* D. *de relig. &c.*

Ipsi vero domino loci non licet effodere mortuum & abjicere. Quod si faciat, injuriarum tenetur *l. 8. D. d. t.* Domino autem consentiente potest quis mortuum in alienum locum inferre *d. l. 2.* C. *d. t.* Idemque est sive ab initio statim consentiat, sive postea ratum habeat illationem *l. 6. §. ult.* D *de relig. & sumpt. fun.* Rati-habitio enim retro trahitur ad initium & mandato comparatur. Quid si ab initio consenserit, & postea voluntatem mutet? Resp. Hoc non nocebit ei, qui intulit. Nemo enim potest mutare consilium suum in alterius injuriam *l. 75.* D. *de R. I.* Et quod semel placuit amplius displicere non potest, *c. quod semel. de R. I. in 6.* Et ita ex utraque lectione tàm affirmante, quæ *in l. 6.* D. *h. t. & apud Theoph.* hîc, quam negante est *in libb. Instit. etiam manuscr.* commodum sensum elicere possumus.

Porrò jus rerum religiosarum idem ferè est quod sacrarum. Nam & ipsæ exemptæ sunt hominum commercio, ut neque venire, neque obligari, neque adjudicari, neque vindicari possint à quoquam *l. 2. l. 4. & l 9. C. de relig. & sumpt. fun. §. idem juris. inf. de inutil. stip. l. 83. §. sacram. D. de V. O. §. ult. inf. de empt. & vendit. l. 8. ossa. §. 1. D. de relig. & sumpt. fun. l. 43.* D. *de rei vind.* Unde locum religiosum quidam dictum volunt à relinquendo, de quo vide *Agell. lib. 4. c. 9. & Aggen. Urbic.* Aliud est in monumento adhuc puro, quod vendi & donari potest *l. 6. §. 1.* D. *de relig. & sumpt. fun.* Sic & profana loca, quæ sunt circa sepulcrum, sive ager purus monumento cohærens, alienari potest *d. l. 4. & l. 9.* C. *eod.* Non enim totus locus, qui sepulturæ destinatus est, religiosus fit, sed tantum quatenus corpus humatum est *l 2. §. 5. sepulcrum.* D. *de relig.* Desinit autem locus esse religiosus, 1. si ab hostibus capiatur *l. 36. D. de relig. & sumpt. fun.* 2. Si reliquiæ aliò transferantur *l. 44. cum in diversis* §. 1. D. *d. t.* De translatione reliquiarũ sciendũ est, eam fieri non potuisse, mortuo semel perpetuæ sepulturæ tradito, nisi impetrata fuisset facultas à collegio Pontificũ, vel principis, vel etiam Trib. Pleb. *l. 8. l. 39. D. d. t. l 1. l. 4. C. eod.* Hinc vetus inscriptio habet: Reliquiæ trajectæ ex permissu collegij Pontificũ, piaculo facto. Et altera: corpora translata permissu Trib. pleb.

Putabant enim veteres; solem ipsum pollui atque incestari infando aspectu hominis mortui, & Deos manes lædi. Unde Phocylides vetat sepulcra effodire videlicet ea quæ aspici nefas est ad solem proferantur:

Μὴ τύμβον φθιμένων ἀνορύξῃς, μηδ' ἀθέατα
Δείξῃς ἠελίῳ, καὶ δαιμόνιον χόλον ὄρσῃς.

Quem locum ante oculos habuisse videtur *Paulus lib. 1. sentent. tit. ult.* cum ista scriberet: Qui corpus perpetuæ sepulturæ traditum vel ad tempus alicui loco commendatum nudaverit, & Solis radiis ostenderit, piaculum cōmittit. Aliud est in cadavere, quod non perpetuæ sepulturæ causa alicubi depositum est. Hoc enim privata auctoritate cuique transferre aliò licet *l. 3. §. non perpetua. D de sepulc. viol.* Postremò observentur vocabula quædam hîc usitata, ut sepulcrum, de quo est *l. 2. §. 5. D. de relig.* Monumentum, Græcis μνημεῖον de quo *l. 2. §. 6. l. 27. §. 1. l. 42. D. eod. l. 2. l. 4. cum 5. seqq.* C. *eod. l. 37. D. de cond. & demon. l. 1. §. ult. D. ad L. Falcid.* Dicitur etiam sæpè conditorium à Petronio Arbitrio, & conditivum à Seneca *Epist. 61. & 83.* Nam & condendi verbo sæpè de sepultura utuntur autores. Sarcophagus *in l. 37. in pr. D. de relig. & sumpt. fun.* dicitur area lapidea *in l. 7. D. eod.* Et simpliciter lapis *in l. 2. C. eod.* Cenotaphium, quasi dicas, inane sepulcrum, Virgil. est inanis tumulus, *Aen. 3.* tumulus & cippus absenti erectus honoris & memoriæ ergò, unde & tumulus honorarius dicitur à *Suetonio in vita Claudij.* Sed res religiosa non est, quamvis hoc Martianus putarit in *l. 6. §. ult. D. de divis. rer. l. 6. §. 1. & l. 42. D. de relig.*

Notetur etiam obiter Etymon religionis, quam *Cic. 2. de Nat. Deorum* à relegendo dictum putat, sed reprehenditur à Lactantio *lib. 4. c. 28.* qui à religando derivat. Verba eius sunt: Hoc vinculo pietatis obstricti Deo & religati sumus, unde ipsa religio nomen accepit, non ut Cic. interpretatus est, à relegendo. Et mox: Diximus, nomen religionis à vinculo pietatis esse deductum, quod hominem sibi Deus religaverit, & pietate constrinxerit, quia servire nos ei ut domino, & obsequi, ut patri, necesse est. Melius ergò id nomen Lucret. interpretatus est, qui ait religionum se nodos exoluere. Sic Aggen. Urbic. Religiosum à religando mentes dicitur, ne malè agant homines.

Ad §. 10. Sanctæ.

III. Nullius sunt res sanctæ, *ut hîc, & l. 1. l. 8. cum l. seq. §. 3. propriè. D. h. t.* Ratio est, quia sunt quodammodo divini Juris, *ut hîc, & d. l. 1.* Rectè quodammodo. Nam verè & propriè divini juris istæ res non sunt, cum Deo consecratæ non sint. Est igitur sanctum quasi medium quoddam inter sacrum & profanum *d. l. 9. §. 3. propriè, D. h. t.* Sic dictum, quod sanctione quadam sit subnixum, per quam ab injuriâ hominum defendatur & muniatur *dd. ll.* Sic legati sunt sancti & inviolabiles *l. ult. D de legationib d. l. 9. §. 1. D. h. t. Donat. in Adel. Terent.* Sanctum est quod omni observatione inviolatum est. Sic legatus sanctum populis per secula nomen: ut ait *Statius Papinianus lib. 2. Thebaid. Et Cæsar. 3. bell. Gallic.* legatorum nomen apud omnes nationes sanctum inviolatumque semper fuisse scribit.

Sic leges

Sic leges ipsæ sunt sanctæ. *d.l.9 §.3.* Unde & sæpè leges sacratissimæ dicuntur. Sic Tribuni plebis & Ædiles sancti sunt, *teste Festo* in verbo Sacrosanctus. Aliter Cicero in Topic. qui sanctitatem ait nominari eam juris sivè æquitatis partem, quæ ad manes pertinet. Sanctum igitur à sanciendo dicitur auctore Ulp. *d. l. 9. §. 3. & Aggeno Vrbico*, Sanctum (inquit) est plerumque ut incorruptum, & à sanciendo sanctum dicitur. Sancire verò est confirmare, ut sancire leges, jura apud Cic. Martiani vero Etymologia in *l 8. §. 1. D. h. t.* à sagminibus, argutior quàm verior esse videtur. Nam sagmen à Græco est σάγμα, quod à σάττειν descendit. Sunt autem res sanctæ hìc tantùm duæ relatæ, ut Muri & portæ civitatis, itemque *in l. 9. §. Muros. l. ult.* D. *h. t.* De muris idem testatur *Cic. 2. de Nat.* D. De portis obstat Plutarch. qui in Romulo & problematis eas negat esse sanctas. Resp. Id eum facere respectu Juris Pontificij. Nam in urbe condenda non eæ ceremoniæ adhibebantur portis, quæ muris: non verò juris civilis, quo sanctæ sunt. Vide & Connan. Plures tamen res esse sanctas, apparet ex *l. 2.* D. *Ne quid in loco sacr.* Sic vallum vel murus castrorum est res sancta. *l. 3. §. 17.* D. *de re milit.* Pœnam verò capitis propositam fuisse iis, qui muros violâssent, verbi gratia, scalis admotis eos transcendendo, testatur & *l. ult. D. h. t.* ubi & ratio redditur, Quia hostile & abominandum sit, cives Rom. aliâ quam per portum ingredi. Huc pertinet, quòd muri & portæ nec habitari possunt propter fortuita incẽdia, sine permissu principis. *l. ult. D. Ne quid in loco sacr.* Sanctio aliâs significat totam legem seu constitutionem, sed impropriè, ut passim *in legib. Cod.* Alias significat novissimam legum partem, qua pœna irrogatur ei, qui præceptis legis non obtemperaverit. *l. 41. sancto.* D. *de pœn. & hic. vers. ideò.* Sine qua sanctione lex imperfecta foret. *Macrob. cap. ult. commentar. in Somn. Scipion.* quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus pœna sancitur: ideo in conclusione operis pœnam sancit extra hæc præcepta viventibus Sic apud Ciceronem pro Cornelio, Sanctiones, inquit, sacratæ sunt, aut jure ipso, aut obtestatione & consecratione legis, aut pœna, cum caput eius, qui contrà facit, consecratur. Sic *Cornific. lib. 1. ad Heren.* Plus valet sanctio quàm permissio. Sciendum namque est, Tres esse legum partes secundum Platonem, Ciceronem & alios: quæ sunt, Procemiũ, lex ipsa & Epilogus sive sanctio. Sed procemia seu principia legibus addi non vult Seneca qui Possidonium & Platonem ob id reprehendit *Epist. 95.* Legem, inquit, brevem esse oportet, quò facilius ab imperitis teneatur: veluti emissa divinitus vox sit. Jubeat non disputet. Nihil mihi videtur frigidius, nihil ineptius quàm lex cum prologo. In eo sæpè peccat Justinianus, v. g. Lex Solonis fuit, teste Plutarcho & Cicerone ad Att. Omnes in seditione cives alterutri parti se sociẽt. Sanctio fuit: Qui contrà faxit, capite plectitur. Hinc in jure nostro tantum sunt duæ partes.

Admonet Connan. non semper observari hoc discrimen verborum. Et quid inter hæc 4. inter sit, Sacrum, sanctum, sacrosanctum & religiosum, accuratè diligenterque explicat Aldus Manutius nepos *in de Quæsitis per Epistolam cap. ult.*

Ad §. 11. Singulorum.

Ultimum membrum divisionis rerum est in rebus singulorum, quas pri-

vatas vocat Cajus *in l.1.D.h.t.* Seneca quoque *lib. 7. de benefic. c. 4. & 5.* vocat res Singulorum. Ad Reges, inquit, potestas omnium pertinet; ad singulos dominium, Item, sub optimo rege, omnia Rex imperio possidet, singuli dominio quod pertinet ad explicationem *l.9 deprecatio.D.de l.Rhod* Et hæ sunt res, quas in patrimonio sive in bonis esse, & quas solas acquiri posse Supra d. Priusquam autem de modis acquirendi tractemus: faciendum videtur, ut de dominio pauca præmuniamus: Et primum quidem de nomine, 2. Quid sit dominium, & quæ sint jura dominio similia. 3. Quoduplex sit. I. Dominium à domino deductum esse manifestum est; Dominum autem à domo vulgo dictum esse putant inducti veteri versu, qui est *apud Cic.1. de offic.*

O domus antiqua quam dispari domino dominaris.

Cui rei etiam argumento est, quod Dominus passim in jure usurpatur paterfamiliâs, vt qui in domo dominium habeat & princeps sit familiæ suæ *l. 195. & l. seq.* D. *de V.S* ut domina dicitur Materfam. *l.57. Ea quæ* D. *de donat. int. vir & uxor. l. 41. uxorem. in pr. & §.4. D. de leg. 3. l. ult. §.1.* D. *de auro & arg. leg. l.19. Titia. §.1. D. de an. leg. Isidorus lib.* 10. *Etymol. c.4.* Sed Festus scribit, veteres pro domino dixisse dubenum, quod ab Hebræa origine Tob. deducunt viri docti. Tob. enim (unde Tobias) bona significat Ita dominus erit, non tàm qui domum habet, cui præsit & imperet, quàm qui bona. Dominium alias dicitur & Mancipium & autoritas, quæ verba veterib. erant usitata in hac notione: ut *apud Varonem lib. 4. de ling. lat. & in versu Lucretij.*

Vitaq. mancipio nulli datur, omnibus usu.

Seneca Epist. 73. Nihil dat fortuna mancipio. Denique *apud Ciceronem lib.7. Epist. 31. ad Curium.* Quando proprium te esse scribis Attici mancipio & nexu: quod in præcedenti Epistola Curius dixerat χρήσει καὶ κτήσει. &c.

Dominij verbum nusquam apud Cic. reperitur, ut neque Contractus: pro quo res contrahendas dicere solet.

Hinc mancipatio olim erat civilis dominij translatio, sive traditio nexu, & quidem propria rerum mancipi. Quomodo Cic: in Topic. Abalienatio, inquit, est ejus rei, quæ mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in jure cessio, inter quos ea jure civili fieri possunt Idem indicat Horat: cum ait *Epist. ult.* Si proprium est quod quis libra mercatus & ære est. Auctoritas pro dominio usurpatur in hac lege XII. tab. Quod subreptum erit, & ejus rei æterna auctoritas esto: Item in altera. usus auctoritas fundi biennium est. Proprietas quoque idem est quod dominium: inter quæ duo rectè distinguit *Ioh. Robert. lib. 3. sent. cap. 18 & Mynf. ad § retinendæ num. 4. infra. de interdict.* contra *l. 13. si procurator. in pr.* D. *de acq. rer. dom.* Id enim proprium est cuiusque cujus quis dominus est. Illud tamen negari non debet. Aliam esse in jure planam proprietatem, aliam nudam, à qua scilicet separatus est ususfr. ut si uni fundus totus legatus sit, is dicitur plenam proprietatem habere. At si uni ususfructus, alteri proprietas fundi legetur, hic nudæ proprietatis dominus vocatur. Hæres quoque apud veteres idem erat quod dominus, ut *annotat Festus in verbo Hæres, & Inst. in §. ult. infra de hæred. quali. &*

lit. & differ. Cuiac lib. 10. obs c. 16. Et Plaut. in Menoch. A. 3. sc. 2. Nunquam post hac ejus pallij hereserit. Sic & Tryphonius vtitur *in l. pen. §. 3. pater. vers. non tamen si ut hares. D. de castr. pecul.* Sic vice versa dominum hæreditatis prohærede dicit ICtus *in l. 48. D. de hæred. instit.* Designatur autem dominium his quoque verbis Meum & tuum: item genitivis, ut Villa est Pompeij, Cæsaris Ciceronis. Meorum autem & tuorum appellatione etiam actiones continentur. *l. Meorum. D. de V. S.* Et tantum de verbis. II. Definitiones dominij ab aliis aliæ afferuntur, sed adfinia Juva prius à dominio distinguenda sunt, ne similitudine, quæ secundum Platonem res lubrica est, decipiamur, In rebus multa à jure considerantur, Sed hæc potiss. usus, possessio, pignus vel hypotheca, servitus prædiorum ususfructus, usus & habitatio, Emphyteusis, superficies, feudum bonæ fidei possessio, dominium. Etsi autem hæc ferè omnia in eo conveniunt, quòd sunt jura quadem in rem: tamen à dominio plurimum differunt. Est n. dominium optimum & summum ac plenissimum jus rei, ut ex sequentib. apparebit. I. usus rei est, ut in cõmodato, in precario: qui tamen plus facti habet quàm juris. Contrà possessio plus habet juris quàm usus. Sciendum tamen est, veteres possessionem etiam definivisse usum agri sive ædificij, latè scilicet accepto usus vocabulo: teste Festo in verb. Possessio Sic usus pro possessione accipiendus est in verbo usucapio, quæ est acquisitio dominij per usum, id est possessionem, ut infra dicetur ad tit, de usucap. Hinc & possessiones olim dicebantur agri, qui non mancipatione, sed usu, id est possidendo tenebantur: *teste Festo d. loco & Isidoro lib. 5. Etym cap. 13. l. 115. quæstio. D. de V. S.* de qua vid. *Brisson lib. 4. Antiquit. c. 1.* Sed à posteriorib. possessiones appellatæ sunt bona quælibet, maximè tamen immobilia. Pignus esse jus rem tum inde apparet, quod ejus persecutio in rem actionem creditori parit *l. 17. pignoris D. de pign. hypoth. §. Item Serviana infra de action.* tum ex *l. 19. eorum. D. de dem. inf.* De servitutibus dicetur infra. De Emphyteusi est *l. 3. §. 4. si jus. D. de reb. eorum l. 71. si. domus. D. de leg. 1.* ubi distinguitur proprietas fundi vectigalis à jure, quod in eo habet Emphyteuta, ut hoc quidam legare possit cuilibet, illud non item. De superficie est *l. 1. §. 3. quod ait. & §. 16. quod autem D. de superfic. l. 19. Eorum D. de dam. infect.* De feudo est *in lib. 2. Feud.* De jure bonæ fidei possessionis dicetur infra. *§. Si quis à non domino. h. t. & ad tit. de usucap.* Sæpè autem fit, ut alius sit dominus, alius possessor. Nihil enim commune habet proprietas cum possessione. *l. 12. naturaliter §. 1. D. de acq. poss.* Et domino contra possessionem datur rei vindicatio. *l. 9. officium D. de rei vind. l. 1. C. de ali. jud mut. causa fact.* In definitione igitur dominij plerique Dd. Bartolum sequuntur: quod scilicet sit jus de re corporali plenè ac liberè disponendi, nisi quid lege prohibeatur. Quam explicat *Duar. lib. 1. Disp. c. 17.* Sed cum disponendi verbum propriè ad testamenta & ult. voluntates pertineat magis quàm ad actus viventium rectius ita dicemus: Dominiũ est jus re corporali utendi fruẽdi suo arbitratu, imò etiam abutendi atque alienandi & vindicandi, quatenus jure civili permissum est. Dixi dominium esse jus. Aliud enim est res ipsa, aliud jus rei: sicut differt hæreditas à rebus hæreditariis. *§. Incorporales. infra tit. prox.* Secundò dixi, Re. Nam personarum non est dominium, V. G. Liberi nostri non sunt in dominio, sed in potestate.

Unde

Unde nec vindicari propriè possunt, *l.1.§.1.D de rei vind.* Servi autem loco pecudum & rerum habentur. *l.2.§.1.D.ad L.Aquil.* Addidi, Corporali. Nam ut traditio & professio propria est rerum tantum corporalium *l.servus. §. incorporales.* D.*de acquir.rer.dom.* Ita & dominium, quod ex his causis ortum est. *l. 1. D. de acquir.possess.§.per traditionem.inf.h.t.* Dices, Atqui etiam incorporalium rerum dicitur dominium, ut ususfr. *l.3.*D.*si ususfr.petatur.* Resp. Dominium ibi generaliter & impropriè pro jure accipi, Quomodo & Seneca alium facit dominum rei, alium usus, *lib.7.de Benefic.c.6.* Dixi utendi fruendi suo arbitratu & abutẽdi &c. Sed hîc sciendum est quod dominus re sua utitur fruitur, id eum facere non jure servitutis. Res enim sua nemini servit, sed jure dominij. Dd. tamen hunc usumfr. dixerunt causalem, sicut eum usumfr. qui est servitus, vocârunt Formalem. Dixi etiam abutendi *arg.l.21.*C.*Mand. l.2. D.si à par. quis manum. sit l.7. C. de religios.* Non tamen domino licet re sua malè uti & perdere. §.*Sed hoc tempore. sup. de his qui sui.* His quoque verbis verus dominus separatur ab aliis, qui licet interdum loco dominorum in jure habeantur, non tamen licet ipsis re abuti eamque perdere: ut sunt tutor in rebus pupillaribus *l.27.*D.*de admin.tut l.7.§.3.si tutor. D. pro emptore. l.56. interdum §.4. qui tutelam* D. *de furt.* Ut procurator post litem contestatam. *l.4.§.ult.*D.*de appell.* ut defensor post satisdationem. *l. 76. Titius.*D. *de procur.* ut fructuarius. *l.8.in pr.D de reb.autor.jud.possid.l.4.* D. *de usufr.l. 18. liber homo.*D.*de V.O.* ut bonæ fidei possessor *l.25.quiscit.§.1.ff.de usur.§.si quis à non domino.inf.h.t.* ut Emphyteuta & superficiarius. *l.pen.D.de op.nov.nunc.l. ult.* D. *de superfic.l.5.in fi* D. *Arb.furt. cæs.l.12.possessores.*C.*de fund.patrimon.* ut denique Vasallus. Dixi, alienandi, quatenus Jure civili permissum est. Sunt enim quidam, qui licet dominium rerum habeant, tamen earum administratio & alienatio ipsis adempta est, ut Maritus in re dotali, pupillus, furiosus, prodigus. &c. D*e quibus infra dicetur ad tit.* Quibus alienare licet, vel non. Præterea domino non licet re sua malè uti §.*sed hoc tempore. sup. de his qui sui vel ali. iur.* (Breviter, cuicunque rem alienare licet, eum vel dominum esse, vel certè domini voluntate id facere oportet (ut est creditor) At non quicunque dominus rei est, eam statim alienare potest, vel Seneca teste.)

III. Dominium vulgò dividunt in directum & utile, v.g. Emphyteutam, vasallum & similes alios habere dominium utile: Dominum fundi vectigalis & dominum feudi habere directum. Quam divisionem refutat *Duar.d.lib.1. disp.c.17.* & *Muret. acerbius in Epist.52.* Dominium (inquit) directum & utile nusquam à JCtis nusquam ab Imper. nominatur: sed commenta ac somnia sunt eorum, qui obscurando & ineptiis suis contaminando jure civili sibi se acuminis & eruditionis laudem quæsituros putârunt. Neque enim hæc divisio in jure esse solet dominij, sed actionum: quarum quædam sunt directæ, quæ scilicet ex ipsis verbis legis nascuntur: quædam utiles, quæ ex mente & sententia ac interpretatione, item quæ à Prætore dantur. Sic & divisio illa quæ bonorum & dotiũ propria est, in profectitia & adventitia, vulgò etiam peculiis accommodatur, cum differant peculium & bona. Alij dominium dividunt, ut aliud sit proprietatis, aliud usus fr. aliud possessionis, aliud usus, aliud plenum, quod nonnunquam plenissi-

pleniſſimum dicitur. Sed hæc nominis potius eſt diviſio quam rei. Dominium enim hîc generaliter pro jure aliquo in rem uſurpatur, *ut & ſup. dict.* Jure veteri dominium aliud erat naturale, quod in bonis dicebatur: aliud civile, ſive ex jure Quiritium. Sed hodie, poſteaquam Juſtinianus jus Quiritium ſuſtulit, dominiũ eſt uniusmodi, nec ullæ ſunt amplius ejus ſpecies.

Et hæc quidem de Dominio ante modos ejus acquirendi præcognita eſſe oportuit: Quib. addendum eſt & hoc, originem dominij eſſe ex jure gentium. *l. 5. Ex hoc jure.* D. *de juſt. & jur.* Cui non obſtat, quod ſunt aliquot modi acquirendi dominij ex jure civili introducti: ut uſucapio Teſtamentum ſententia judicis ſive adjudicatio &c. Nam & hoc ipſum adhuc manet juris gentium: ut docet *Bart. &* Dd *ad d. l. ex hoc jure. Felin. & alij. Canoniſtæ ad c. quæ in Eccleſiarum. exemp. de præſcript.* Quos ſequitur *Pariſius* Cardinal. *conſil. 1 num.* 108. *vol.* 1. Deinde obſervanda eſt regula, Dominium rei ejuſdem non eſſe duorum in ſolidum. *l. 5. ſi ut certo. §. ult. D. commod.* Nunc modos acquirendi rerum dominia explicemus, & primum quidem eos, qui ſunt Juris naturalis ſive gentium. Ratio ordinis & ſupra reddita eſt, & hîc eſt in textu, & *l.* 1. D. *de acq rer. dom.* Jus naturale & gentium quãdo & quomodo pro eodẽ accipiantur: quomodo item differant, repetantur ex iis, quæ ſupra dixi *ad tit.* 2. *lib.* 1. Modi acquirendi juris naturalis ordine hoc tit. XII. exponuntur: quamvis alij aliter numerent. Vide Conr. Wolfium qui tamen, ut ſupra dictum, ad tria ferè ſumma capita revocari poſſunt. Hi ſunt: 1. Occupatio ſeu captura animalium. 2. Bellum, ſive ſpolia ex hoſtibus capta. 3. Inventio in litore vel in mari. 4. Fœtus animalium & partus ancillarum. 6. Alluvio. 7. Inſula. 8. Speciei confectio. 9. Confuſio 10. Superficies, quò pertinent inædificatio, ſatio, implantatio, pictura & ſcriptura. 11. Poſſeſſio fructuum à bonæ fidei poſſeſſore facta. 12. Traditio à domino facta: Ad quam referenda ſunt & nuda voluntas, & clavium traditio, & jactus miſſiliũ, & rei derelictio, & jactus in mare. Videatur de his aliisque modis & *Ant. Contius lib. 1. Diſput. c. 2.* Græcis eos vocant κλήσεις & χρηματισμοὺς & πόρους.

Ad §. 12. Feræ. & §. 13. Illud quæſitum.

Quæ ſequuntur usque ad §. Item lapilli deſcripta ſunt penè ad verbum ex *l. 1. 3. 5. & l. 7. in pr* D. *de acq. rer. dom.* omniaque ad primum modum pertinent, qui eſt Occupatio. Etſi autẽ occupatio generalis eſt & latè patet. (Nam & quæ ex hoſtibus capiuntur, & agri vacui, & quæ in mari vel litore inveniuntur, occupantur) tamen hîc de animalium occupatione ſeu captura tantùm agitur. De ea hæc traditur regula. Quod nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur, ut hîc, & *l. 3 in pr. D. de acq. rer. dom.* Cur ratione naturali? Quia, ut ait *Quintil. declamat. 13.* Quod natura commune finxit, induſtriæ præmium eſt. *Vid. & Cic. 1. offic. Virg. 1. Georg.* Tunc laqueo captare feras, & fallere viſco, Inventũ &c. & *Lucret. lib. 5.* Tunc eſt venarier ortum. Huc pertinet, quod Stoici omnia hominum cauſa à natura rerum producta eſſe dicebant, ut eſt apud Ciceronem. Quod Imp. ad fructus accommodat. *§. In pecudum. verſ. partus h. t. ex Cajo. l. 28.* D. *de uſur.* Nec obſtat huic regulæ quod res hæreditariæ non conceduntur occu-

 panti,

panti, quæ tamen nullius sunt, antequam hæreditas adita sit *l. 1. D. h. t.* Nam res hæreditariæ alio modo dicuntur esse nullius: non enim omninò sunt nullius, ut pote quarum domina fictione juris sit hæreditas ipsa *l. 61. hæreditas. D. de acquir. rer. dom.* & aliquando alicujus esse vel fieri possunt ut hæredum. Sic non obstat, quod res sacræ, item publicæ, quæ etiam sunt nullius, tamen non fiunt occupantis. Sunt enim vel Dei, vel Reipub. propriæ. De iis ergo accipienda hæc regula est rebus, quæ ita sunt nullius ut tamen alicujus fieri possint, sive quarum potest esse commercium. Duo autem hîc explicantur de animalibus, quæ nullius sunt. 1. Quomodo dominio nostro subiiciantur. 2. Quomodo in dominio nostro esse desinant. His accdit & 3. Quænam animalia sint fera. Nostra fiunt captura seu occupatione id est venatione, aucupio, piscatione. *De his extat tract. Franc. Zoanneti ICti Ingestad. de venatione & aucupio Germanorum. item Sebastiani Medic.* & scripsit de iisdem aliquot libros græco carmine elegantissimo Oppianus, quem Joannes Bondinus & David Pfeiferus Latinis versibus transtulerunt. Extat & Xenophontis Cynegeticus & Ovidij fragm. Italieutic. Nihil autem interest, sive in suo fundo, sive in alieno quis venatus sit vel aucupium fecerit. Feræ enim & volucres quocunque in loco sint, dum naturali libertate & laxitate fruuntur, patent omnibus & occupanti cedunt. Nec fundi sunt animalia, quæ in fundo sunt *l. 15. & l. seq.* D. *de act. empt.* Unde emptor & possessor fundi non ēt feras omnes possidet. *l. 3. §. 14. D. de acq. possess.* Sicut nec aves, quæ in mea arbore consederint, meæ sunt. §. *Apium. infra h. t.* An & piscari in alieno licet? Resp. Non licere, Quia aqua stangni vel lacus non est communis, sed privata. *l. 13. in fi.* D. *de injur.* Licet ergo in alieno fundo venari & aucupari. Sed hoc ita intelligendum est, nisi dominus fundi ejus ingressum te prohibuerit, *ut hîc & l. 3.* D. *de acq. rer dom d. l. 13.* D. *de injur,* Potest enim quisque aditu sui fundi alterum prohibere & excludere, sicut & ædium *l. 23. qui in domum.* D. *de injur. arg. l. 29. quemadmod.* D. *ad l. Aquil.* Id fecit Cecinna, proquo extat oratio Ciceronis. Et non est rationi consentaneum, ut per aliena prædia invitis dominis aucupium faciamus. *l. 16.* D. *de servit. præd. rust.* Quid ergò si quis contra prohibitionem domini ipsius fundum ingressus feras vel aves ceperit? uter erit dominus ejus, quod captum est an is qui capit, an dominus fundi? Et verius est, eum esse dominum qui cepit, non vero dominum fundi qui prohibet. Est enim hic modus naturalis, ut quod commune & nullius antea erat, fiat occupantis. Ipse tamen domino fundi tenebitur actone injuriarum. *d. l. 13. D. de injur* vel si quod damnum dederit fundo, v. g. si fructus fundi læserit, etiam actione legis Aquiliæ. prohibitio inquam illa non parit domino fundi dominium feræ, sed actionem injur. vel damni injuria. Notandum est igitur Prohibitionem in suo fundo valere: at in re, quæ jure gentium communis est prohibitio non valet: sed actionem injuriarum parit prohibitio, ut *sup d. ex l. 13. D. de injur.* Quid si alius feram vulnerârit, alius ceperit, vtrius erit: De hac quæst. variatum est inter JCtos, *ut hîc. §. illud quæsitum & l. 5. §. 1.* D. *de acq. rer. dom.* Nam Trebatius (Ciceronis amicus) putabat, Eam esse vulnerantis, & tàm diu ejus manere, dum eam persequitur. Quod si alius eam cepisset lucrendi animo, eum furtum facere. *d. l. 5. §. 1.* Furtum

enim

enim fit lucri faciendi gratia, ut est in definitione furti §. 1. *infra de oblig. quæ ex delict. nasc.* Si quis verò non lucrandi animo ceperit, sed ut ei, qui vulneravit, restituat, non tenetur furti: Ratio Trebatij erat, quia æquum videbatur, ut is potius feram haberet, qui vulnere causam dedisset, quo facilius caperetur quàm alter, qui tanquam fucus alieno labore & industria frui vellet. Deinde quia quod in facili & propinquo est, pro jam perfecto haberi solet. Sed vicit sententia aliorũ & quidẽ plurium, qui feram attribuerunt non vulnerandi, sed capiendi: Eamq; & Imp. confirmat & Cajus *in d. l. 5.* veriorem esse dicit. Ratio est *hic & in d. l. 5.* expressa, quæ & versu proverbiali continetur: Multa cadunt inter calicem, supremaque labra. De quo vide *Gell. lib. 13. c. 17. Et Eras. chil. 1. cent. 5. prou. 1.* Hodie tamen moribus nostris passim ad sententiam Trebatij, reditum est. Et sanè, si tàm graviter vulnerata sit fera, ut statim concidat, dubium non est, quin sit vulnerantis potius quàm occupantis qui hoc casu furtum facit, Huic vicina est illa quæstio, cuius sit aper aut alia fera, quæ in laqueum incidit in alterius agro, An ejus, qui laqueum posuit, an vero eius, cuius est fundus: de qua est *l. 55. in laqueum. D. de acq. rer. dom.* Dictum est, Quomodo feræ nostræ fiant, sequitur quomodo nostræ esse desinant: de quo regula talis traditur: Amittuntur & desinunt esse nostræ quàm primum custodiam nostram evaserint & in laxitatem suam naturalem pervenerint, id est si vel ex oculis & conspectu nostro se subduxerint, vel in conspectu adhuc quidem sint sed ita ut nulla recuperandi spes sit *ut hîc & l. 3. in fi. l. 44. Pomponius. l. 55. in laqueum. D. de acq. rer. dom.* Ratio est, quia contrariorum eadem est ratio *l. 35. nihil tàm naturale* D. de R. I. ut igitur acquisitio harum rerum possessione seu occupatione nititur: ita & conservatio & amissio earundem eodẽ niti debet. Et hoc est quod ait *Paulus l. 153. D. de R. I.* Quib. modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Qui ergò postea eas ceperit, furtum priori domino non facit. Is enim dominus esse desijt. Furtum autem non fit, nisi sit, cui fiat *l. 43. falsus creditor §. 5. quod si dominus. D. de furt.* Si nullus sit possessor, furtum non fit *l. 1. §. 15. Scævola. D. si is qui test. liber.* Aliud est in animalib. cicuratis, & ab hominibus ad eundum & redeundum assuefactis, de quibus infra.

Ad §. 14. Apium.

Sequitur III. Caput, quod hîc observandum dixi, Quo scilicet exponitur quænam animalia sint fera, quæ mansueta. Breviter, Apes, pauones & columbæ sunt naturà feræ: Gallinæ & anseres nõ item. Hinc sequitur, ut qui illa occupàrit, fiat dominus: qui hæc, non item, sed furtũ eorum faciat. De apibus tamen paulò aliter Philosophi, qui ut omnia insecta, ita & apes, neque feræ neque mansuetæ naturæ esse volunt. videatur de iis *Aristot. de histor. animal. Plinius lib. 11. c 5. Hierony. Magius lib. 1. Miscel. c. 3. Varro 3. de re. rust. c. 16.* qui eas distinguit locis, ut quæ in silvestrib. pascuntur, feræ sint, quæ in cultis locis, mansuetæ; *Columella lib. 9. & l. 26. si apes.* D. *de furt.* Vid. de Apib. *& l. 27. si seruus. §. 12. si cum apes & l. 49. si quis fumo. D. ad Leg. Aquil.*

V 2 Apes

Apes igitur inclusæ demum alveolis fiunt includentis: ejusque tàm diu manent dum evolant & revolant. Tam diu enim possidentur. *l.3.* §.11. *quidam.* D. *de acq. poss.* Quam consuetudinem si deseruerint, & in naturalem libertatem redierint, ejus esse desinunt. Quod generale est in omnibus animalibus, quæ sua quidem natura fera sunt, sed arte humana cicurata. Ut *inf. vers. in iis a. in* §. *Pavonum.* Eademque ratio quæ Apum est & favorum sive alvearium & cellularum ab apibus constructarum, ut fiât & occupantis, etiamsi quis in alieno fundo & ex aliena arbore ea exemerit: ita tamen, ut si contra prohibitionem domini fundum aliquis ingrediatur, actione injuriarum teneatur, ut *& supra de venatione dict.* Quod de examine apum ait, id sumptum est ex *l.5.* §. *Examen D. de acq. rer. domin.* & ex superioribus facilè intelligitur. Id tamen hîc observandum, cum non singulæ apes, sed totum examen avolat, inde apparere quod migrationem instituant.

Ad §. *15. Pavonum.*

De pavonibus & columbis, eos esse naturæ feræ, idem testatur *Varro lib.3. c.7. de re rustic.* Sed obstat *l. 37. si pavonem* D. *de furt.* vbi pavonis mansueti mentio fit Deinde obstat, quod quædam columbæ sunt silvestres, eod Varrone teste, Imò si Aristoteli credimus *lib.1. De partib. animal c.2.* Item *Sect. 10. problem. 38.* quod idem repetiit *Plinius lib. 8. c. 53.* Quæcunque sunt animalia mansueta, eadem etiam reperiuntur in genere ferino, quamvis non contra. ℞. 1. *ad l 37.* Ibi pavonem mansuetum intelligendum esse. 2. JCti ideo has aues pro feris habent, quia facilime avolent & aufugiant: neglecta subtiliori Philosophorum consideratione ut & aliâs solent. Quod ait Imper. de Cervo mansuefacto ad eundum & redeundum ejus exemplum est apud *Virgil. 7. Æneid. & apud Plutarch. in Sertorio.* Nominatur & ursa mansues apud Apulejum in Asirio aureo. Regula generalis de animalib. natura quidem feris, sed arte & industria hominum assuefactis ad eundum & redeundum hæc est: Tàm diu ea nostra esse, donec animum redeundi retineant: Desinere, cum revertendi animum deseruerint, *ut hic & d. l. 5. pavonum. l. 8.* §. 1. D. *famil ercisc. ubi de columb. & apib. d. l. 3. itē feras. in fi.* D. *de acq. poss.* Hîc quæri soles, quotnam vicibus necesse sit ut emanserint & consuetudinem deseruerint? Vulgo requirunt binas vices; sed verius est, hoc non posse regula aliqua certa definiri, sed relinquendum esse Judicis arbitrio, qui id æstimabit ex circumstantiis.

Ad §. *16. Gallinarum.*

De animalib. cicurib. hæc traditur regula: Ea nostra esse & manere ubicunque locorum sint, etiamsi procul extra conspectum nostrum avolarint. Et proinde si quis ea occupârit ac detinuerint, lucrandi animo furtum facit. Sed an propter gallinam Rem scilicet exigui pretij furti actio dabitur? Et dicēdum videtur, Dari debere *arg. d. l. 37. & Nov. 69. cap. 1.* Itemque propter hanc rationem. Quia ubicunque est furtum, ibi & furti actio competit excepto furto domestico. §. *hi qui in parentum infra de obl. quæ ex del. l. 17. in pr. l. 36.* §. 1. D. *de furt.* Sed obstat *l. 9.* §. *ult. cum 2. ll. seqq.* D. *de dol. mal.* Ubi actio de dolo non passim indulgenda est, si

modica

modica sit summa, id est, infra duos aureos. In furto autem, ut in quovis delicto dolus intervenit. Resp. Difficilius dari actionem de dolo, quia hæc est extraordinarium remedium, qualia non facile ob satis minimam rem vel summam conceduntur *l.4.D.rest.in integr.* At furti actio est ordinaria, & ipso jure competit. Benignior tamen est Zasij & aliorum sententia, qui putant, Actionem furti ob rem exigui pretij non dari, cuius & hæc ratio esse potest, quòd ob rem minimam non debeat aliquis infamia notari. Furti autem condemnatum sequitur infamia *l.1.§.5.qui furti D.de his qui not.infam.l.8.si furti C. ex quibus cauſ. infa.non irrog.l.7.*D.*de pub. Iudic.*

Postremò observandum de venatione & aucupio, hunc acquirendi modum, tametsi maximè naturalis sit, per avaritiam tamen & luxuriam magnatum admodum esse restrictum & imminutum. Rectè, an secus, non est nostrum disputare. Videantur argumenta in utramque partem apud Wesembec. *in parat. ad tit.D.de acquir.rer.dom.*

Ad §.17. Item ea, quæ.

Secundus modus est captivitas hostium, sive spolia hostibus detracta, sive præda hostilis, *ut hic, & l.5.§.ult.l.7.in pr.l.51.D.de acquir.rer.dom.* Rectè autem hic modus sequitur proxime superiorem propter similitudinem: nam & bellum venatio quædam est, unde *Aristoteles lib.1.Polit.* acquisitioni bellicæ tanquam generi subjicit venatoriam. Plato contrà, qui venatoriæ speciem facit acquisitionem bellicam *lib.7.de legib.* Eandem ob causam veteres crebrò venationi operam dabant, quod intelligerent eam esse simulacrum quoddam belli & prælij similitudinem, teste Xenophonte, Athenæo, Polluce, Philone, & Oppiano, itemque Cicerone. Ratio huius modi est, quia cum per victoriam ipsimet hostes in servitutem victoris redigantur, ut *sup.dictum est lib.1. tit. 2. itemque tit. 5.* multò magis eorundem res etiam bona. Deinde hoc est victoriæ jus, hæc lex, teste Xenophonte, ut omnia bona victi adjiciat victori. Est autem hic modus acquirendi Juris gentium, nam & ex eodem jure introducta sunt bella *l. 5. D. de just. & jur.* Ut igitur in bello excitetur industria militis spe prædæ, inventum est ut direptio prædæ militi concedatur. Sed hîc distinguendæ sunt res ex hostibus captæ, vel enim mobiles sunt vel immobiles, sive soli, ut agri, arces, oppida, urbes. Rursum mobiles vel sunt pretiosæ & magnæ, vel sunt vulgares. De Immobilibus, v.g. de agris ita jus est, ut non fiant singulorum militum sed publici iuris, sive ut ad Rempub. pertineant, vel ad Principem, *l.20.§.1.*D.*de capt.& postlim. reverſ.* Hi autem agri vel veteribus dominis relinquebantur, quo ad possessionem (nam quo ad dominium erant populi Romani) vel veteranis militibus in præmium assignabantur. *l.11.Lucius.* D. *de evict.*

Fessus in acceptos miles deducitur agros
Tutaq; deposito poscitur ense rudis. Ovid.2. Amorum. El.9.

Vel per censores aliis locabantur, qua de re *inf. ad §. per traditionem. verſ. vocantur h.t.vid.& Livi.lib.3.in fin.& Cic.5. Verrina. Alciat.lib.1. παρεργ. c.38* Res mobiles pretiosæ similiter non ad singulos milites, sed ad Ducem belli vel magi-

 strum

gistrum militum pertinent. Interdum etiam Deo consecrabantur, adeò ut si quis eas surripiat crimen peculatus committat *l. pen. D. ad l. Iul. pecul.* Interdum tamẽ magistri militum militibus ea donabant *l. pen. § 1. C. de donat.* De rebus igitur mobilibus & quidem vulgaribus tantùm intelligendus est *hic §. noster. ut & l. 28. D. de captiv. & postlim. rev.* Vide Cujac. *lib. 19. obs. cap. 7.* Obsidum vero bona in fiscum sunt cogenda *l. 31. commodus. D. de jure fisci.* Quid ergo, si (ut est Mars communis & ἀλλοπρόσαλλος) populus paulò ante victus rursum vincat, & res ab hostibus recuperet, restituenturne bona publicis dominis, an verò publicabuntur? Et hoc casu non publicabuntur, sed dominis suis reddentur *d. l. 20. §. 1. l. 12. C. de postlim. revers.* Ait Imp. eos qui ex hostium captivitate ad suos reversi sint, pristinum statum recipere, id est, & libertatem & civitatem & omnia pristina Jura, quæ ante captivitatem habuerant. Hoc enim introductum est jure postliminij, de quo satis dictum *sup. ad §. si ab hostibus. Quibus mod. jus pot. solv.*

Ad §. 18. Item lapilli.

III. Res in litore inventæ, ut lapilli, gemmæ, margaritæ, conchæ, succinum, &c. fiunt invenientis, ut hîc & *l. 3. D. h. t.* Cur jure naturali? Quia hæ res eiusdem sunt juris, cuius est ipsum litus, id est, communes & nullius & in medio relictæ omnibus. Fiunt igitur occupantis ex regula superiori. Quomodo autem differant lapilli, gemmæ & margaritæ, docet *Ulp. l. 19. cum aurum. §. 17. gemmæ autem D. de auro & arg. leg. & Alciat. Ulpianum defendens contra Vallum lib. 4. de V. S.* Alia causa est eorum, quæ non in litore, sed alibi, v.g. in via publica reperiuntur. Ea enim manent pristini domini, cui exciderunt, non autem fiunt inventoris, qui ea libello proposito vel per præconem significare debet se invenisse. Quod nisi fecerit, furtum committit. *l. 43. falsus. §. 4. qui alienum. & §. 8. proinde. vers. solet. D. de furt. Qua de re plurib. inf. §. ult. h. t.* Sed quod sup. dictũ de venatione & aucupio, idem de hoc quoque modo verum est, eum magnates privatis hominibus ademptum suum fecisse, ut succinum in mari Borussiæ.

Ad §. 19. Item ea.

IV. Modus acquirendi est fœtura animalium. Nihil autem interest, fera ea sint, an mansueta *l. 2. & l. 6. D. de acq. rer. dom.* Secundò non solum ex brutis animalibus nata hîc intelligenda sunt, sed & partus ancillarum. Servi enim & quadrupedes in jure exæquantur *l. 2. § 2. D. ad L. Aquil.* Ratio huius quarti modi est, quia fœtus est quasi pars ventris, eùmque tanquam accessio sequitur extra legitimas nuptias *l. 7. partum. C. de rei vind.* Hinc fit, ut si equus vel asinus alterius equam prægnantem fecerit, non eius sit pullus inde natus, cuius est equus: sed cuius est equa, id est, venter *l. 5. §. 2. D. de rei vind.* Quamvis ille, qui equum vel asinum alienum invito domino in equas suas immiserit, in factum actione ipsi teneatur *l. 52. §. 20. si quis asinum D. de furt.* Quæritur de partu ancillæ, an quo ad dominium eius spectandum sit tempus conceptionis, an vero nativitatis? Respon. *l. ult. D. de acquir. rer. dom.* Tempus nativitatis spectandum esse.

Nam

Nam fœtus, dum adhuc est in utero, nondum est verum animal, sed tantum spes est animantis, ut ait *l.2.D.de mortuo infer.*

Ad §. 20. Præterea, & §. seq. 21.

V. Modus est Alluvio: de qua est & *l.7.§.1.& 2.l.16.in agris.l.30.ergo.§.3. alluvio.l.38. Attius.*D.*de acq.rer.dom.* Videatur de eadem *l.24.§.2.D.de leg.1. l.3.§.2.D.de aq.quot.& æst. l.16. fundus.* D.*de pign. l.13. Iulianus. §.12. si Titius. D. de act. empt.l.64.ex mille.*D.*de evict.l.34.idem est.*D.*de rei vind.& tit.*C.*de alluvion. lib.7.* Aggenus Urbicus, Cassius Longinus vir prudentiss. juris auctor hoc statuit, ut quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat.

Initio autem observanda est differentia inter hæc duo jura prædiorum Alluvionem & Circumluvionem. Alluvio quid sit, in textu satis apertè exponitur, Græci προσθήκην & περίκλυσιν vocant. Circumluvio est jus prædij, cum flumen mutato priore alveo alterius prædium circumfluit, & ex eo quasi insulam facit *d.l.3. §.2.vers. Sed si circumfluere.D. de aq.quot: & æst.d.l.30.ergo.§.Trib.modis. D. de acq. rer.dom.* Videatur *Festus lib.3.& Cicero 2.de orat.* Diversum quoq; eorum jus est; nam circumluvio non mutat dominium agri: alluvio mutat. Nam quod flumen alterius agro detractum paulatim, & (ut cum Cicerone loquar) sensim sine sensu meo adjicit, id prioris domini esse desinit, & meum fit, *ut hic & d.l.7.§.1. l.1.*C. *de alluv.* Ratio est, quia accessio cedit principali: quod inf.latius explicabitur. Plurimum autem differt vis seu impetus ab alluvione: non solùm quo ad modũ, sed & quo ad jus. Nam alluvio est incrementum agri latens & insensibile: vis & impetus fluminis quod adjicit, id est apparens & manifestum, utpote quod subitò fit. Deinde quod per alluvionem adjectum est, acquiritur; quod per vim, nõ acquiritur domino agri cui adjicitur, sed manet pristini domini, de cuius fundo detractum est. Exceptio est, nisi tàm diu illa pars vicini fundo cohæserit, ut arbores in eadem natæ jam radices egerint in fundum vicini & cum eo coaluerint, atque (ut Ulp.loquitur) unitatem fecerint. Tunc enim dominium mutatur. Ratio est, tùm quia conditio illa partem eam fecit vicini fundi: tũ quia sibi suæq; negligentiæ imputare debet, quod tàm diu tacuerit, cum quidem potuisset eam partem sibi vindicare.

Nec obstat *l.5.idem Pomponius §.3.de arbore.D.de rei vind.* ubi utilis rei vindicatio datur ei, cujus arbor in alienum agrum translata coaluit & radicis immisit. Etsi enim rei vindicatio ei compete dicitur, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit *l.23.in rem.in pr.D.de rei vind.*tamen hoc de directa tantùm rei vindicatione intelligendum est. Utilis vero etiam ei datur, qui jam dominus non est, sed fuit *l.29.si mulier.§.ult.& l.seq.D.de don.int.vir.& uxor.l.29. si mortis caus.D.de mort.caus.donat.§.si quis in aliena.inf.h.t.* Quod autem *l.9. hoc amplius.§.2.Alfenus.D.de dam.infect.* negat, arborem, quæ iam coaluerit, vindicari posse, id de directa rei vindicatione accipi debet; quæ res non intellecta turbavit Accurs. & alios ad *d.l.5.*

Non tamen in omnibus agris alluvioni locus est. Excipiuntur enim 1. Agri aggeribus definiti. Nam cum flumen suum habeat terminum, non potest agros confines

confines deminuere. 2. Agri limitati *l. 16. in agris. D. de acq. rer. domin.* 3. Lacus & stagna: quæ quia terminos suos retinent, jus alluvionis non agnoscunt *l. 12. lacus. D. d. t. l. 24. Vicinus. §. ult. D. de aq. & aq. plu. arcend.*

Ad §. 22. Insula & 23. seq.

Alluvioni rectè subjicitur Insula, qui est VI. modus acquirendi: quia & insula ferè per colluvionem quandam egeritur & fit, de hoc modo est & *l. 7 §. 3. insula. & §. seq. l. 30. ergo. l. 56. Insula l. 65. si epistolam §. 12. 3. & 4. D. de acq. rer. dom. l. 1. §. 1. D. de acq. poss. l. 1. §. 6. si insula. D. de flum.* Alia autem est significatio verbi Insulæ cum pro domo accipitur, non solùm apud JCtos, sed etiam apud Ciceronem *l. 14. & seq. D. de V. O. & passim.* Hîc autem non solùm de insula agitur, sed & de alveo, eiusque jure, itemque de inundatione. Insula autem vel in mari existit, quod rarius accidit, vel in flumine. *vid. Plin. lib. 2. c. 85.* De insula in mari nata res est facilis: ea namque fit occupantis ex regula superius tradita. Nam cum mare & litora privatim nullius sint, sed jure naturali communia omnium, insulæ quoque maris, quia inde natæ videntur, eiusdem sunt juris. De insula in flumine nata diligentius est distinguendum: idque tripliciter. Vel enim insula in ipso alveo exoritur, sive in medio sive propius alteram ripam: vel flumen ex ipso agro facit insulam: vel denique amnis alveum priorem mutans & siccum relinquens agrum circumfluit *ut hic, & d. l. 30. §. 2. trib. modis. D. de acq. rer. dom.* De primo horum modorum ita jus est, ut Insula in medio flumine nata communis sit inter dominos vicinorum prædiorum ex utraque ripa. Ratio est, quia hæc insula, cum ex utriusque agris videatur decisa, & colluendo paulatim in eminentem locum supra alveum egesta, meritò ad eosdem redit *argum. §. 1. vers. quæ enim invidia. inf. per quas person.* Excipitur insula mobilis, quæ in flumine innatat leni aliqua materia sustentata. Hæc enim insula publica est *l. pen. §. 2. D. de acq. rer. dom.* Quomodo autem inter eos sit dividenda exponitur *in l. 56. Insula D. d. t.* Qua de re vid. *Ioh. Buteo. lib. de flum.* Cont. *Bart. & Hieron. Mag. lib. 4. Miscel. c. 2.*

Solent autem huic divisioni adhiberi geometræ & agrimensores. Sin alteri ripæ propior sit insula, eorum propria est, qui ex ea parte prædia habent. Nam ex eorum terra videtur hæc insula congesta, *ut hic, vers. quod si alteri.* Secundo casu Insula eius manet, qui agri est dominus, *ut hic vers. quod si aliqua parte. & d. l. 7. §. quod si uno latere. D. de acq. rer. dom.* Ratio est, quia hic perspicuè apparet ex eo agro factum esse insulam. In incertis autem, non verò certis rebus locus est conjecturis: ut vulgo dici solet. Tertio casu alveus à flumine derelictus communis est eorum, qui prope ripam prædia possident, & inter eos dividendus est pro modo latitudinis agrorum.

Ratio est, quia ex eorum agris alveus iste olim factus videtur: Novus vero alveus fit publicus, *ut hic vers. quod si naturali d. l. 30. ergo. §. alluvio.* Quia & ipsum flumen est publicum, ut sup. dict. Quid si flumen hunc quoque novum alveum deseruerit, & ad veterem redierit? Et ait Imp. *vers. Quod si post aliquod ex Cajo. d. l. 7.* eum incipere illorum esse, qui prope ripam prædia possident. Sed Cajus distinguit,

distinguit, vel enim flumen, quod cursu suo mutato novum alveum sibi fecit, totum alicuius agrum occupat, vel partem. De parte ita jus est, ut modò dictũ. De toto agro, stricta quidem ratione nihil juris habet prior dominus in hoc novo alveo, quia ager totus est immutatus & alius factus, amissa scil. eius forma. Mutata enim forma propè interit substantia rei, ut ait *l.9.§.3. sed si quis.* D.*ad exhib.* Indicat tamen Gajus æquitatem suadere, ut priori domino hic alveus restituatur. Huc pertinet illud, quod Proverbij specie usurpatum fuit à vett. Flumina censitorum vice fungi, ut ex privato in publicum addicant, & contrà ex publico in privatum *d.l.30.§.alluvio.* Censitores ibi, ut & in *l.4.§.1.D. de censib.* sunt, qui censum agrorum in fiscum inferebant, & singulos agros æstimabant, qui censum dare deb. qui autem non. Et hi sæpè agros privatorum, qui censum negabant, in publicum addicebant.

Ad vers. Alia sanè causa.

Non idem jus est inundationis quod alvei. Nam ager à flumine in alveum conversus noster esse desinit, & fit publicus: & si iterum à flumine derelinquatur, fit vicinorum. Sed ager inundatione occupatus manet prioris domini. Ratio differentiæ est, quia alveus cum sit diuturnus, planè mutat formam & substantiam agri. Inundatio autem cum ferè sit exigui temporis, non item. Quamvis & inundatio nonnunquam sit perpetua, quæ rei formam immutat *l.10.§.2. agri.D.quib.mod.usufr.amit.* Possidere tamen desinimus eum locum, quem flumen aut mare inundatione occupaverit *l.3.§.17.Labeo. D.de acquir. poss.* Facilius namque amittitur possessio quàm dominium; Illa solo animo & affectu *l.3.§.6. in amittenda D.d.t.* hoc domin. scil. non item, sine abjectione & derelictione rei, id est, sine facto non amittitur *l.1.& 5.*D.*pro derel.*

Ad §. Cum ex aliena.

VII. Modus acquirendi est specie novæ confectio: vulgò specificationem vocant. De eodem est *l.7.§.7.cum quis.l.24.cum 3.seqq. D.de acquir. rer. dom. l.6.* D.*de rei vind.* Fit autem species vel ex materia nostra, vel ex aliena, vel partim ex nostra, partim aliena. De primo casu hîc non agitur: cum non sit dubium, quin id quod ex materia nostra facimus sit nostrum, neque amplius potest esse nostrum *argum.§.sic itaque.inf.de act.l.3.§.4.ex plurimis.*D.*de acq.poss.l.159.D.de R.I.* Tantum igitur hîc de reliquis duobus casibus agitur, cum quis ex aliena materia speciem novam facit, & cum ex sua & aliena. Quæritur ergo, si quis ex aliena materia speciem novam suo nomine fecerit (*exempla hîc in textu vid. & in d. l.7.§.7.cum quis* D.*d.t.*) uter sit huius speciei dominus, anne dominus materiæ, an vero is qui speciem fecit.

De hac quæstione diversæ fuerunt olim JCtorum vett. sententiæ, & quidem in triplici differentia. Alij enim putabant, ut Proculiani, eum esse speciei dominum, qui fecit eam. Ratio eorum erat, quia cum forma sit substantia cujusque rei *d.l.9.*D.*ad exhib.* ut & Philosophi dicunt, Forma est quæ dat esse rei, is qui speciem novam fecit, id produxit, quod antea in rerum natura non fuit,

sive

sive quod antea nullius fuit *d.l.7.§.7.* Alij (ut Sabiniani,) dominium speciei tribuebant domino materiæ. Ne hi quidem sine ratione, quia scilicet sine materia nulla species effici possit. *d.l.7.§.7.* Alij denique (ut Cajus *d.l.7.§.7.vers. est tamen. Callistratus l.12.§.1.& Paulus l.24.& 26. in pr.* D. *de acquir. rer. dom.*) mediam sententiam tenuerunt, quæ & Justiniano probatur, ut scilicet distinguamus, an species ad priorem materiam reduci possit: ac nec possit. Et priore quidem casu species nova ad dominum materiæ pertinet: posteriore ad auctorem, id est, eum qui speciem fecit, *ut hic vers. & post multam & d.l.§.7.vers. est & media.* Ratio differentiæ est, quia cum species ad materiam facilè revocari potest, videtur materia prævalere formæ, ut *l.19. cum aurum. in pr.* D. *de auro & arg. leg.* at cum ita extincta est & mutata materia prior, ut reduci non possit, jam formam & speciem materiæ prædominari æquum est. Eleganter enim Paulus in *l.78.§.4. illud. D. de leg.3.* Quæ talis naturæ sunt, inquit, ut sæpius in sua redigi possint initia, ea materiæ potentia victa nunquam vires eius effugiunt. Exempli causa: ex tuo auro vel argento feci scyphum, vel craterem. Hic quia species, id est, scyphus ad priorem materiam, id est, rudem massam argenti vel auri redigi potest, tu eris eius dominus, cuius est & materia, non ego, qui speciem feci. Exceptio est, nisi ego speciem fecerim permissu domini materiæ *l.25. nisi voluntate. D. de acquir. rerum. dom.*

Ratio manifesta est, posita nimirum in voluntate domini, qui rem suam alienare voluit. Rursum finge, ex uvis tuis vinum ex tuis olivis oleum expressum, ex tuo melle & vino, mulsum ex tua arbore navem vel armarium: ex tua lana vestimentum factum. Hìc quia species sive forma ad priorem materiam reduci nequit, id est, neque vinum ad uvas, neque oleum ad olivas, neque mulsum ad mel & vinum, neque navis vel armarium ad arborem, neque vestimentum ad lanam, neque collyrium vel emplastrum ad odores, id est, herbas & medicamenta: Ideo vinum & oleum mea erunt, qui expressi, non tua, cujus erant uvæ & olivæ, &c. Quid de frumento ex alienis spicis excusso dicendum? Etsi frumentũ ad spicas reduci non potest, ut hîc tamen verior est eorum sententia, qui frumenti dominiũ attribuunt domino spicarum. Ratio est, quia qui spicas excussit, non fecit novam speciem, sed eam, quæ est, detexit. Nam grana etiam dum spicis adhuc continentur, perfectam habent suam speciem & formam *d. l. 7.§.7. vers. videntur tamen.* Sic si quis ex aliena lana purpuram faciat, non facit ideo lanam suam; quia color novus non facit novam speciem *l.26.§.ult. D. de acquir. rer. dom.*

Admonendum hoc loco, duas olim fuisse diversas JCtorum sectas & scholas & quasi familias. Alij erant Proculiani, à Proculo, & Sabiniani à Sabino, qui & Cassiani à Cassio dicebantur. Harum dissensionum primi auctores & quasi disseminatores fuerunt Antistius Labeo & Atteius Capito. Labeonis sectam secuti sunt Nerva & Proculus: Capitonis Sabinus & Cassius, qui (ut fit) cœpta ab antecessoribus & magistris suis dissidia eorum studio etiam auxerunt: qua de re vide *l.2.§. hi duo. & §. seq.* D. *de orig. Iur.* Hi ergo cum in aliis multis juris articulis inter se dissentiebant, ut & alibi passim videre licet, & potissimum in §. *Item pretium.*

pretium.inf.de empt. & vend. & §. is qui exequitur. inf.de Mand. tum etiam in hac quæstione de speciei dominio. Nam Sabiniani materiæ omnia tribuebant, & proinde sine distinctione volebant speciei dominium ad materiæ dominum pertinere. Proculiani contrà formæ omnia deferebant, & speciei dominium eius effectori addicebant. Neutri rectè per omnia, ideoque media sententia, quam sup. exposui prævaluit. Observanda est etiam hoc loco antinomia gravis inter *l.61.Minicius.D.de rei vindic. & l.26. sed si meis in pr.D.de acq.rer.dom.* Quæritur enim de navi & alienis tabulis ædificata, sitne ædificantis, an vero domini tabularum: Et *d. lex 26.* ait, esse ædificantis *d.l.61.* ait, non esse ædificantis, sed domini materiæ sive tabularum. Alij aliter conciliant, de quibus vide *Connan.lib. 3.c.6.& Accurs. in gl.* Sed verius videtur, ut ita distinguamus: vel navis ex alienis tabulis reficitur tantum: & tum sine dubio manet navis eius, cuius fuit. Non enim est nova species, sed manet vetus, ut neq; ædes refectæ per partes aliæ sunt. Nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur, vel navis nova ex alienis tabulis extruitur de novo, & tunc non potest navis esse eius qui materiæ dominus fuit, sed facientis erit.

Ad vers. Quod si partim.

Dictum est de specie facta ex materia planè aliena: hîc de ea agitur, quæ partim fit ex aliena, partim ex propria. Hoc casu species sine dubio est facientis. Ratio est, quia & formam rei & materiæ partem contulit, *ut hic.* Si quis ergo ex suo melle & alieno vino mulsum fecerit, eius erit mulsum qui fecit *l.5.§.1.* D. *de rei vind.* ubi & ratio adfertur. At si quis ex suo plumbo & alieno argento, vel ex suo argento & alieno ære speciem fecerit, ea non facientis erit, sed materiæ manent dominorum. Quid ita? Quia hæc metalla separari possunt *l 12.§.1. D de acquir.rer.dom.d.l.5.§.1.vers.sed si plumbum.* D. *de rei vindic.* Aliud erat olim, si æs & aurum confunderentur: quia separari non poterant *d.l.5.§.1.* At hodie quia vi & ope aquæ (Scheidtwasser) Chrysulcæ separari possunt, idem hîc quoq; jus est quod in superioribus.

Ad §. Si tamen alienam.

Dictum est, si quis ex sua & aliena lana vestimentum fecerit, vestimentum esse facientis, non modò quia is partem materiæ contulit præter operam suam, verùm etiam quia species ad priorem materiam redigi non potest. Quæri igitur poterat, quid juris esset, si quis vestimento suo purpuram alienam intexuisset, an inquam purpura sequatur vestimentum eiq; cedat, an vero potius ad se illud trahat: sive an vestimenti dominus fiat etiam purpuræ dominus? Et Resp. Imp. Eum, qui purpuram alienam suo vestimento intexuit, fieri dominum purpuræ, non verò contrà sive vestimentum per prævalentiam trahere alienam purpurã ut Paulus loquitur in *l.23.D.de rei vind.* Ratio dubitandi posita est in pretio purpuræ, quod constat ex Plinio aliisq; autoribus summum fuisse olim, maximeq; purpuræ Tyriæ, ut dicetur *in §. si quis agens.vers.præterea. inf. de Action.*

Ratio tamen decidendi est, quia non spectatur hîc utra res sit preciosior, sed utra alterius sit accessio. Jam regula est in utroque Jure recepta Accessionem cedere principali. *l.19.cum aurum.§.13.perveniamus.D.de aur.& arg.leg.d.l.26.sed si meis.§.1. Proculus.D.de acq.rer.dom.l.23. in rem §.2.si quis rei suæ cum aliquot §§. seqq.*D.*de rei vindic.c.accessorium.de reg. jur.in 6.* Ex eadem hac regula fit, ut & literæ, quamvis aureæ, cedant chartæ vel membranæ. §. *literæ. inf. h.t. d. l. 23.§. sed & id quod.D.de rei vind.*

Excipitur pictura. In hac enim non spectatur accessio ad tabulam alienam, sed pretium, ut inf. dicetur §. *si quis in aliena.h.t. & d.l.23.* Unde intelligi potest, hunc §. propriè ad ea pertinere, quæ inf. sequentur de accessione. Cur autem hîc insertus sit sup. exposui. Quæres, quomodo ergo consuletur domino purpuræ, quem certè iniquum est privari re sua sine suo facto & culpa. *arg.l.id quod nostrum.*D.*de R.I.* Resp. Competunt ei aliquot actiones. Primum enim adversus furem purpuræ habet actionem furti in duplum vel quadruplum, seu ad pœnam dupli vel quadrupli, & condictionem furtivam, ut hîc, & explicabitur *inf.§ ult.de obl.quæ ex del.nasc.& §.sic itaque vers. planè.inf. de action.* Adversus bonæ fidei possessorem, id est, qui purpuram intexens vestimento suo putat se esse dominum quia à domino eam acceperit, datur ei similiter condictio. Dices, Atqui condictio furtiva non datur, nisi adversus furem ipsum, eiusúe hæredem *d.§.ult.inf.de obl.quæ ex del.nasc. l. 5. D. de conduct. furt.* Sicut eadem condictio non nisi domino datur *l.14. eum qui.§.16* D. *de furt.* Resp. Intelligendam hîc esse condictionem non furtivam, ut voluit gl. sed condictio sine casu. Cuius condictionis, ut & condict. indebiti causa est, ne quis locupletetur cũ alterius jactura & damno. Sic & inf. in §. nunc admonendi Quibus alienare licet vel non intelligenda est hæc eadem condictio sine causa; non autem ut quidam putant, condictio certi ex mutuo. Sic & *in l.11. rogasti. in fi. & l.13.D.de reb.credit.*

Quæritur, an non etiam rei vindicatio detur domino purpuræ ad eam repetendam. Resp. Imp. non dari, quia purpura extincta est, neque enim amplius per se spectatur ut purpura est, sed ut pars vestimenti & accessio. Jam regula est: extincta vindicari non potest, *ut hic & d.§. nunc admonendi. inf. quibus alie. lic. l. 22.§.2 si prædo.D.de pig.act.l.3.C.de cond.ex lege.l. 14. in fi. D. de solut. &c.* Ratio huius regulæ petenda est ex formula in rei vindicatione recepta, quæ talis est: ajo hanc rem meam esse, ut dicetur *inf.ad §.1.& §.sic itaque de action.* Cum enim δεικτικῶς id est, demonstrando rem, fiat, requirit rem vel præsentem, vel certè extantem non consumptam. Puto tamen adversus furem purpuræ etiam rei vindicationem dari, etiamsi res non amplius extet, quia cum dolo possidere desierit, pro possessore habetur, & fur semper facit moram *l.ult.* D. *de cond.furt.* & interitus rei post moram non liberat *l.8.*D.*de re jud.l.5.D.de confess.* Accedit huc quod etiam actio ad exhibendum, quæ est præparatoria rei vindicationis, datur re mala fide consumpta, licet res extincta non magis exhiberi possit quàm demonstrari non potest. Potest tamen hîc agi actione ad exhibendum *arg.l.6.gemmæ. D.ad exhib.& Cujac. admonet hîc in Notis, & in gl.*

Ad §.

Ad §. Si duorum.

VIII. Modus est confusio & commixtio: qui ut eo melius intelligatur, præmittenda est trimembris corporum divisio quæ à Stoicis primum inventa à Jurisconsultis (qui in aliis etiam plerisque Stoicos secuti sunt) postea assumpta est. Corpora enim vel sunt continua, ut lapis, tignum, homo, arbor, vel disjuncta, ut populus, legio, grex, senatus, armentum; Vel denique sunt concreta seu compacta & composita, ut domus, armarium, navis. *l.30. rerum mixtura in pr. D. de usucap. l.23. in rem. §. item quæcunq. D. de rei vind.* Primum genus huc non pertinet, sed de posterioribus duobus hîc agitur, videlicet de compositis seu cõcretis potius: de disjunctis. *inf. vers.* Quod si frumentum. De priore genere hæc tenenda est regula. Si duorum materiæ vel ejusdem vel diversi generis confundantur, corpus inde conflatum & compositum commune est inter ipsos pro indiviso, & quidem pro rata quantitate, quam quisque contulit. Nec interest, utrum ex voluntate utriusque, an verò fortuitò facta sit confusio, ut hîc & *l.7. voluntas. D. de acq. rer. domin.* Ratio est, quia non tàm hîc spectatur voluntas dominorum quàm materia ipsa, ex qua corpus conflatum est, quæ cum sit communis, æquitas postulat, ut & corpus inde compositum commune sit. Sed hæc ita demum vera sunt, si confusio sit perfecta, id est, si materiæ non amplius inter se dignosci possint aut separari, *l.3. §. ult. D. de rei vindic.* v. g. Si ex tuo & meo auro, & tuo ære & meo argento una fiat massa. Nam si separari possunt materiæ ac diduci, id est, si imperfecta fiat confusio, corpus jam non erit commune, sed manebit singulorum dominorum pro divisis portionibus, v. g. si plumbum argento misceatur. *l.5. §.1 vers. Sed si plumbum. D. de rei vind. l.12. lacus. §.1. D. de acq. rer. dom.* Quod autem hîc Imper. ait, Mulsum ex vino alterius & melle confuso factũ esse commune, ei obstare videtur *d. l.5. §.1 D. de rei vindic.* Ubi Ulpian. ait Mulsum non esse commune, sed eius, qui speciem fecit. Resp. Ulpianum ibi loqui de speciei confectione & eius dominio, de quo in præced. modo dict. non autem de confusione, qui est separatus ab illo.

In fine hujus §. legendum sine negatione, Idem juris esse placuit, ubi malè Theoph. non idem juris esse contra *d. l. 7. §. voluntas,* & contra rationem iuris, quàm modò exposui.

Ad vers. Quod si frumentum.

De Corporum disjunctorum commixtione hæc regula observanda est: Si corpora disiuncta ex voluntate dominorum & consensu commisceantur, v.g. Grana in acervo frumenti communia erunt: Sin casu & fortuitò, non sunt cõmunia, sed manent singula corpora pristinorum dominorum. *l. 5. l. 23. D. de rei vind. l.30. rerum mixtura. D. de usucap.* Superiore casu non distinguebatur an res vel corpora essent confusa voluntate dominorum, an fortuitò: sed tantum materiæ qualitas spectabatur. In commixtione distinguimus. Ratio autem prioris partis in hac regula est voluntas & consensus dominorum, qui ratus esse debet, *arg. l.25. D. de acquir. rer. dom. & arg. §. per traditionem. inf. h. t.*

X 3 Ratio

Ratio alterius partis est, Quia non est hîc perfecta confusio, cum singula corpora in sua substantia durent, ut loquitur hîc Imp. & proinde separari possunt, v.g. si tuus grex ovium, vel caprarum vel porcorum cum meo commisceatur, singula capita manent in sua substantia, nec tua pecora fiunt mea, nec mea fiunt tua. Sed huic valdè obstat *l. 78. si alieni.* D. *de solut.* Ubi nummi alieni meis ita con fusi, ut discerni nequeant, mei fieri dicuntur, etiam domino nivito. Resp. gl. & Dd id ibi esse singulare, sicut & alia in mutuo. *l. 15. singularia* D. *reb. cred.* D. Gipsan putat hoc pertinere ad septimum modum, quo nova species fit, non ad hunc §. Cum ergo constet corpora fortuito commixta non communicari, sed manere priorum dominorum, quæritur qua actione alteri consulatur, si fortè alter totum aceruum sibi retineat? Resp. In rem actio, id est Rei vindicatio dabitur ei ad repetendum id, quod in acervo frumenti suum est. Semper enim rei vindicatio datur domino *l. 23.* D. *de rei vind.* Etsi autem aliàs rei vindicationis hic est exitus, ut res restituatur domino à possessore. §. *Etsi in rem inf. de offic. Iud.* Hîc tamen quia frumentum commodè separari non potest, cum alterius frumentum altero fuerit melius: furmentum quidem petetur, sed præstabitur ejus æstimatio pro bonitate & qualitate frumenti. Priore autem casu cum commixtio facta est voluntate, datur actio communi divid. *d. l. 5.* D. *de rei vindic.*

Ad §. Cum in suo solo.

Omnia quæ sequuntur usque ad §. Si quis à non domino. descripta ferè sunt ex *l. 7. §. 10. cum in suo loco. & §§. seqq. l. 9. §. 1. 2. & 3. D. de acq. rer. dom.* atque ad unum eundemq; locum pertinent, nimirum ad accessionem & rem principalem qui est IX. modus acquirendi rerum domin. De eo iam aliquid cœptum est agi sup. ubi de purpura aliena, & tradita est hæc regula, Accessio omnis cedit principali, sive superficies cedit solo seu subiecto. Superficiem hîc latè accipimus non solùm pro domo aut ædificio alio, sed & pro arbore seu planta pro frumento, & breviter pro omni eo, quod supra alterum extat. Eadem regula quinque aliis exemplis declaratur, de quibus ordine videamus. Primum exemplum est Ædificatio. Ædificat quis vel ex aliena materia in suo solo, vel ex sua materia in solo alieno. Utroq; casu is est ædificij dominus, cujus est solũ sive area sive locus, sive fundus. Finge, Ex tuis lapidib. lignis, cæmentis, tegulis domum vel horreũ vel granarium, vel casam extruxi in meo solo. Ædificij hujus proprietas mea est. Ratio est, Quia omne quod inædificatur solo cedit, *ut hic & d. l. 7. §. 10.* Idque & naturalis & civilis ratio suadet, ut ait Caius *in l. ult.* D. *de superfic.* & naturali jure superficies ad dominum soli pertinet, ut ait Ulp. *in l. 50. D. ad leg. Aquil.* Ratio rationis est regula superior. Quia accessio, ut hoc loco ædificium, cedit principali, id est solo. Nam cum ædes ex duab. rebus constent, ex solo & superficie. *l. 23.* D. *de usucap.* Solum & fundamentum est præcipuum. Sive ut Paulus ait *in l. 9. §. ult.* D. *de solut.* Pars insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Sed hæc vera sunt tantùm de privato solo. Nam quod in loco communi, v. g. in litore inædificatur, non cedit solo, id est, non fit commune ex jure gentium, sed ædifican-

ædificantis proprium, ut hîc potius solum sequatur causam ædificij sive superficiei, quàm diu scilicet illud consistat, ut supra dictum. Ædificium ergò quod quis in suo solo ex aliena materia extruxit, fit ædificantis, qui & soli dominus est: Materia tamen ipsius non fit, sed manet prioris domini: Id quod mirum alicui videri possit, ut alterius sit domus, alterius materia. Sed materia hîc non planè est extincta, quin possint in eam resolvi ædificium dirutum. *l.23. in fi. l.59. D. de rei vindic.* Dices, si is, cujus fuerat materia ante ædificationem, manet ejus dominus etiam post ædificationem poterit & vindicare eam & ad exhibendum agere. Hæ enim actiones dominis competunt. *d. l.33. & l.1. cum seq. D. ad exhibend.*

Resp. Stricto quidem jure eas actiones haberet, nisi obstaret lex. XII. tab. quæ vetat materiam alienam, sive tignum ædibus junctum eximere. Hujus legis passim in jure nostro fit mentio, *ut hic & d.l.7.§.10.D.de acq.rer dom.l 23.§.6. tignum. D.de rei.vind. l.6.& 7.D. ad.exhib.l.1. D. de tigno juncto.l.63. D. de donat. inter vir.& vxor.l.9.§.ult. in fi. D.de solut.Videatur & Festus in Verbo Tignum.* Verba hujus legis refert hæc Fulv. Ursinus in Notis ad Ant. Augustinum: Tignum junctum ædibus, vineæque & concapes ne solvito. Qui illud junxit, duplione luito.

Ratio hujus legis erat, ne ædificia diruerentur, & ruinis civitas deformaretur, quod & aliàs averti solet: tum ne vinearum cultura impediretur, *ut hic vers. Quod ideo d. l.1. D. de tig. juncto.* Dum g. ædificium consistit, dominus materiæ eã repetere non potest: at diruto ædificio poterit eã & vindicare & ad exhibendũ agere. Quæres, An ergò tam diu materia sua carere cogitur, & expectare, dum ædificium diruatur vel corruat, quod & pati durum est & expectare triste. Resp. Habet interea actionem de tigno injuncto ex eadem lege XII. tab. qua duplum pretij consequatur. *d.l.7.§.10.& hic.d.l.23.§.6.tignum D. de rei vind.d.l.6. gemma. D. Ad. exhib. d. l.1. D. de tig. junct.* Cur duplum? Quia dominus sine suo facto materia sua carere cogitur. Sed hîc sunt qui putent, tantùm malæ fidei possessorem de tigno juncto in duplum teneri, id est, qui sciens alienum tignum junxit. Bonæ fidei possessorem tantum in simplum: Quorum error reprehendendus est. Neque enim unquam in hac quidem actione distinguitur in jure bonæ fidei possessor à malæ fidei possessore: Sed in eo tantum hi duo differunt, quod actio ad exhibendum adversus hunc detur; aduersus illum non item, *ut hic & d.l.23.§.8 & d.l.1.§. ult. D. de tig. juncto.* Ubi & ratio, Quia hic, cum dolo desierit possidere, pro possessore habetur. Cessat tamen hæc actio in duplum, si sciente domino materia ipsius alienis ædib. iuncta sit. Jam enim furtiva non est *l.63. de eo. D. de don. int. vir. & uxor* Tignum autem à tegendo dictum latissima significatione omne materiæ genus complectitur, ex qua ædificia constant, ut sunt ligna, lapides, cæmenta, tegulæ, testæ, calx & arena. In vineis, perticæ, pedaměta. *d.l.7.§.10.l.1.§.1.D. de tig. junct.& hic.d.l.7.in pr.D.ad exhib.l.62.D. de V S.* Sic & aliàs verba XII. tabul. valdè multa complectuntur, ut legatum & legare pro omnibus iis usurpatur, quæ in testamento scribuntur *l.120. D. de V.S.* Ut emptionis verbum pro omni alienatione, *l.29. statu liberi. in fi. D. de statu liber.*

bile, id solo non cedit. *l. 18. D. de action. empti. l. 60. D. de acquir. rer. domin.*

Ad §. Si Titius.

Secundum exemplum est in planta sive arbore. In hac quoque idem juris est, eademque ratio quæ in ædificio, ut scilicet is plantæ vel arboris sit dominus, cujus est solum. Sive g. tuam plantam in meo solo posuero, sive terra mea presse-ro, mea erit: sive meam in tuo, tua erit, ut hîc, & *l. 7. §. ult. D. de acq. rer. dom* Ratio supra dicta est, quam Imper. hîc iterat in illis verbis: Ratio enim non permittit, ut alterius &c. sed hîc addendum est amplius, illud requiri, ut jam planta radices egerit & cum solo coaluerit sive unitatem fecerit, ita ut inde alatur. Nam vita arborum in radicibus est posita earumque alimento, quod ex solo attrahunt *l. 3. D. arbor. furt. Cæs.* Unde & dominium earum æstimatur pro regione cuiusq; prædii, postquam erutæ & excisæ sunt *l. 19. in pr. D. comm. divid. l. pen. D. pro soc. l. 8. D. de acq. rer. dom.* Antequam g. coaluerit proprietatem non mutat, sed manet prioris domini, ideoque ab eo directa rei vindicatione peti potest. Postquam autem coaluit, dominium mutavit, non amplius directa, sed utili tantùm. Atq; ita concilianda est *l. 5. D. de rei vindic. cum l. 9. hoc amplius. §. Alfenus. D. de damn. inf.* Utilis enim rei vindicatio datur etiam ei, qui jam non amplius est dominus: ut supra admonui. Quid ergo si arbor non sit posita in agro alieno, sed in confinio seu prope confinium, id est, in eo spacio, quod est interjectum inter duos agros conjunctos sive affines. Resp. Hæc arbor fiet communis inter affines, si in utriusque fundum radices immiserit, pro regione scilicet cujusque prædii, ut hîc, & *d. l. 7. §. ult. & l. 8. D. de acq. rer. dom.* Sin vero arbor non posita est in confinio, quãtumvis radices ita latè propagaverit, ut etiam in vicini fundum eas porrexerit, communis non est, sed eius propria, in cuius fundo origo arboris fuerit. Et ita accipienda est *l. 6. si plures. §. 2. si arbor. D. arbor. furt. cæsar.* ne huic loco obstet.



Ad §. Qua ratione.

III. Exemplum est in frumento. Nam Seges eius est, cuius est fundus, non cuius est semen. Et hoc est quod eleganter ait Julianus in *l. 28. D. de usur.* fructum omnem percipi non jure seminis, sed jure soli: sive in percipiendis fructibus magis corporis jus, id est fundi, ex quo percipiuntur, quàm seminis, ex quo oriuntur, aspici. Sive igitur ego tuum frumentum in meo agro severo, meæ erunt segetes & messis, sive tu frumentum meum in tuo agro severis, tuum erit quod inde nascetur, ut hîc, & *l. 9. in pr. D. de acquir. rer. domin.* Ratio est eadem, quæ in superioribus exemplis. Quia ut inædificata & implantata, sic etiam quæ sata sunt, solo cedunt. De impensis quoque factis ab eo, qui alienum agrum consevit, idem jus est, ut scilicet per exceptionem doli eas servare possit, ne videlicet alter ex alterius jactura lucretur: sed necesse est ut bona fide id faciat. E.g. qui mala fide alienum fundum consevit, hæc exceptio non proderit. Sibi enim imputare debet quod conseverit. *l. 37. D. de rei vind.*

Ad §. Litteræ.

IV. Exemplum est in litteris sive scriptura in aliena charta vel membrana vel tabula facta. Historia enim, vel poëma, vel oratio, vel rationes in aliena charta scriptæ non sunt scribentis, sed domini chartæ, cui tanquam principali accessio cedit, etiamsi litteræ essent aureæ, ut hîc, & *l.9.§*.1. D. *de acq. rer. dom l.3. §.pen. interdum*. D. *ad exhib*. Non enim hîc spectamus pretium, sed accessionem, ut & sup. de purpura dict. De impensis verò idem hîc jus est, quod superius, ut scilicet de illis non quidem actio detur, sed retentio & exceptio doli mali tantum adversus dominum chartæ eam vindicantem : de impensis inquam bona fide facta.

Ad §. Si quis in aliena tab.

V. & ultimum exemplum, sed superiorib. dissimile & à regula exorbitans est in Pictura. Non enim ut ædificium & arbor & frumentũ cedit solo, & scriptura chartæ, ita & pictura sive imago cedit tabulæ : sed ipsa potius per prævalẽtiã ad se rapit tabulã: Tabula, inquã, cedit picturæ, non contrà, ut *hîc & l 9.§ 2.D de acq. rer. dõ* Hîc enim pretium potius spectatur quàm accessio. Ratio differ. est, Quia hic nulla omnino est proportio inter vilissimã tabulam & præstantissimã imaginem sivè picturam: Plus hîc est in manus pretio quàm in re: ut ait *l.13. mulieris* §.1. D. *de V. S.* Sic in simili casu, propter dignitatem hominis voluerunt ædiles eum ei rei accedere, quæ minoris esset *l.44. in pr*. D. *de ædil. ed* Fuerunt tamen Cti, qui strictam juris rationem secuti dicerent picturam cedere tabulæ, Paulus refert *in l.23. in rem §.3. sed & si*. D. *de Rei vind.* Sed Caij sententiam *in d.l.9.§.2. sed non uti*. Imp. hîc comprobauit. Cui non obstat locus Caij *in fragm. Instit lib.2 tit. 1.* Dicendum est enim, à Gotis eum locum esse depravatum. Neque enim verisimile est, Cajum sibi ipsi esse oontrarium. Pictor ergo est domins u picturæ: proindeque habet directam rei vindicationem ad petendam tabulam, cujus possessionem fortè amisit. Quod si à domino eam petat, solvere prius debet pretium tabulæ: alioqui removebitur exceptione doli. Quomodo autem prstino domino batulæ consuletur? Resp. Per in rem actionem utilem, si solvat ejus pretium. Quod si recuset, repelletur & ipse per exceptionem doli, ut qui velit locupletari ex aliena jectura. Quæret aliquis, Cum g. uterque jus in tabula habeat, uter alteri præferetur? Et verius videtur, ut pictor præferatur domino tabulæ. Hæc omnia accipienda sunt de pictore bonæ fidei. Contra furem verò tabulæ datur actio furti, neque is tabulam retinere potest.

Ad §. Si quis à non domino.

X. modus acquirendi est perceptio fructuum à bonæ fidei possessore facta. *l.25. qui scit. l.45. D. de usur. l. 48. bonæ fidei D. de acq. rer. dom.* Hic primum explicandum est quid sint fructus & quotuplices. 2. Quis sit bonæ fidei possessor & quod sit ejus jus. Fructus g. à fruendo dicti interdum usurpantur pro ipso jure, ut pro usufr. Interdum pro corpore ipso, ut pro pomis, glandib. frumẽtis, arboribus, fætura animalium, quæ posterior significatio hujus loci est. Dividuntur autem

autem fructus, 1. ita, ut alij sint juris, quos civiles docendi causa dicere possumus, ut sunt usuræ, pensiones prædiorum, urbanorum, reditus & similia: alij naturæ, sive naturales: & hi rursum vel sine facto & opera hominis sua sponte nascuntur, quos cum Hotomano spontaneos appellare possumus: vel hominis opera & diligentia & facto sive cultura & cura proveniunt, vulgò Dd. vocant naturales & industriales: Cicero manusatos. *vid. l.34. usura. l.36. D. de usur. l.62. D. de rei vind.* Fructus juris impropriè sed fructuum vicem obtinere dicuntur *d. l. 34. & l.83. Quod his. D. de leg. 3.* Fructus verò naturales vel sunt pendentes sive stantes, qui à solo nondum sunt separati: vel sunt percepti seu coacti, id est, Collecti, vel sunt extantes, vel denique consumpti. Ut autem bona deducto ære alieno & lucrum deducto damno, ita fructus deductis justis impensis intelliguntur. *l. 36. §. fin. D. de hered. pet.* Bonæ fidei possessor est qui rem bona fide accepit à non domino, quem dominum esse putabat: ac proinde se jam dominum esse credit, ut *hic & l.109. bonæ fidei emptor, D. de V. S.* Malæ ergo fidei possessor est, non tantum fur & prædo & invasor, sed quicunque etiam cum justo tit. possidet, sed sciens alien. esse fundum, ut *hic vers. ei vero.* Interdum tamen etiam is b. fidei possessor esse potest, qui scientiam habet rei alienæ, *Vide Cuiac. & Giph.* Post litis contest. omnes indistinctè possessores incipiunt esse in mala fide. *l. 1. C. de petit. hered.* Jus b. fidei possessoris est vicinum dominio, & quidem potissimum triplex. Primum enim dum possidet, habet jus percipiendi fructus, eosque suos faciendi pro cultura & cura. Deinde habet jus usucapiendi, si per tempus lege definitum possederit, *de quo inf. tit. 6.* Tertio si possessionem fortè amiserit, habet actionem Publicianam, cujus idem est effectus qui rei Vindicationis, quæ vero Domino competit, ut nimirum res ipsi restituaturi. Qua de re inf. *in §. sed istæ vers. ut ecce tit. de Act. & D. de Public. in rem act.* Et hoc est quod ait Reg. uris: Bona fides tantundem præstat possidenti, quantum Veritas, id est, dominium verum *l. 136. D. de R. I.* De jure percipiendi fructus hic tantum agitur, de quo Regula hæc traditur: Bonæ fidei possessor fructus perceptos facit suos, idque naturali ratione. Sed hic gravis est controversia: An omnes fructus suos faciat, an vero tantum industriales, quos vocant? Sciendum est enim fructus alios esse eiusmodi, qui sua sponte sine facto hominis proveniant, quos vocant naturales: alios esse tales, qui requirant curam & culturam hominis: Accurs. & plerique interpretes illum secuti, etiam Cuiac. putant, tantum posterioris generis fructus eum suos facere: Moventur hac ratione: Quia Imper. hic dicat pro cultura & cura: Ergo in quibus fructibus hæc ratio cessat, ut in naturalib. in iis etiam Reg. hanc cessare volunt, ut scilicet non acquirantur bonæ fidei possessori, ita ipsi. Sed N. Cisn. in suo comment. de usucap. contendit omnes fructus etiam naturales hic intelligendos esse. I. quia ead. ratione b. f. possessor fructus suos facit, quia dominus *l. 25. D. de Usur.* Aliqui dominus ratione fundi omnes fructus etiam naturales facit suos: Ergò & bonæ fidei possessor. II. quia qua ratione fructuarius & colonus fructus suos faciunt, eadem etiam b. fidei possessor.

Et quidem multo magis, utpote qui plenius habeat jus. Sed fructuarius & colonus

colonus omnes fructus faciunt suos. Ergò multo magis bonæ fidei possessor. Quod autem hic de cultura & cura dicitur, ad id respondet Cisner. tantum exempli gratia hic mentionem fieri fructuum industrialium, propter quod non sit arctanda generalis Regula, sed potius ex aliis locis eius interpretationem esse sumendam, ut ex *d.l.25.*D.*de usur.ex l.bonæ fidei.D.de acquir.rer.dom.ex l.*78.D.*de R.I.item ex l.pen.*D.*de usufr.leg.* Notandum etiam fructus, qui absque dubio sunt naturales, dicuntur curari in *l.7.§.9. non solum.* D.*solut. matr.* licet minus principaliter id fiat.

Requiritur autem ut fructus sint percepti, ut hic in verbis quos percepit; in quo differt bonæ fidei possessor à domino. Domini enim sunt fructus etiam ante perceptionem, id est, adhuc pendentes. Hi enim sunt pars fundi *l.44.* D.*de rei vind.* Pars autem sequitur naturam totius *l.quæ de tota* D.*eod.l.*30. D.*de usucap.* Hoc quoque observandum: Quod fructus statim fiunt ipsius, ita ut non sit opus Usucapione vel consumptione. Consumptio tamen est, quæ demum verè & cum effectu facit, ut fructus sint bonæ fidei possessoris, nec ab eo avocari possint. Nam quos non consumsit, sive fructus extantes, etiamsi interim, id est, antequam res ipsi aufferatur à vero domino, bonæ fidei possessor facit suos. (Non enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere *l.51* D.*de R.I.*) tamen eos cogitur domino vindicanti una cum ipso prædio restituere *l.51.* D.*de R.I. l.aliud est capere* D.*de V.S.* Et hoc est quod ait Imperat. de fructibus ab eo consumptis dominus agere non potest. Quod igitur ait *l.28.*D. *de usur.* Fructus statim fieri pleno Jure bonæ fidei possessoris, id dicitur ad excludendam usucapionem, qua non sit opus, quemadmodum in re ipsa, unde fructus illi percipiuntur necessaria est *d.l.4.§.19.lana* D. *de usucap.* Hinc tamen non sequitur illud, fructus extantes non cogi eum domino Vindicanti restituere. Aliter de his D.D*onell.in tract.de usur.& fruct.* Sed & illum refutat *Cisner.pag.*100. *& aliquot sequentib.in dict. comment.* Quomodo autem intelligenda sit consumptio illa, videatur apud C*isner.dict.loc.*

Ad vers. Ei vero qui alienum.

Hactenus de bonæ fidei possessore, eiusque jure in percipiendis fructibus: sequitur de malæ fidei possessore. Is vero nullos omnino fructus facit suos; sed omnes tam extantes quam consumptos, tàm perceptos (sive ex honesta causa sive ex inhonesta, ut ex lupanari *l. ancillarum 27. §. 1.* D. *de hæred. petit.*) quàm quos honeste percipere potuit, domino fundi restituere cogitur, deductis tamen prius impensis necessariis, *ut sup.dict.* Ratio est, quia malæ fidei possessor ex re aliena nullos omnino fructus, nulla lucra percipere debet: idque ideo, ut delictis occurratur: Dixi deductis impensis: nam fructus non intelliguntur, nisi sumptibus prius deductis *l.36.§.5.*D.*de hæred.petit. l.4.de oper.serv.* sicut neque bona nisi deducto ære alieno *l.subsignatum §. bona. D. de V. S.* Extantes petuntur Rei Vindicatione, vel potius officio judicis cum ipsa re restituendi sunt §.*& si in rem inf.de offic.jud.* consumpti verò condictione sine causa *l.3.*C.*de condict.ex lege &c.*

hanc

hanc enim speciem condictionis hic competere verius est, quam condictionem ex lege, ut putat Clarissimus Collega meus Sc. G.

Ad §. Is verò ad quem.

Quo melius intelligatur Jus bonæ fidei possessoris, illustratur comparatione cum jure fructuarii & coloni. Bonæ fidei possessori sæpe comparatur fructuarius: *ut & inf. §. de his autem per quas pers.* Sunt enim similes inter se in multis: sed differunt tamen etiam in multis. In quibusdam enim melior est conditio bonæ fidei possessoris, in quibusdam contra usufructuarii: ut ecce, bonæ fidei possessor fructus facit suos, non solum si ipse eos perceperit, verum etiam si alius eius nomine, hoc est, quoquo modo à fundo separarit. At fructuarius tantum illos facit suos quos ipsemet percepit, non etiam quos alius, v. g. fur, ut hîc, & *l. 25. §. 1. D. de usur. l. 12. §. 5. D. de usufr. l. 13. in fin. D. quib. mod. usufr. amit.* Si g. fructuarius moriatur fructibus adhuc pendentibus sive stantibus, quantumvis sint maturi, non transmittit eos ad hæredes, sed manent apud dominum proprietatis, ad eumque pertinent. Bonæ fidei possessor eos transmittit. Ratio diff. est, Quia ususfr. est jus personale, & cum persona extinguitur. *§. finitur. inf. de usufr. arg. l. 196. privilegia. D. de R. I.* Bonæ fidei possessio est jus in rem sicut ipsum dominiũ ideoque ad hæredes transit, *l 24. D. de V. S. l. 62. D. de R. Iuris.* Hæredibus tamen usufructuarii debentur fructus pro rata ejus temporis, quo ususfr. constitit: ut vult Cujac. hîc in Notis. Sic in eo quoque plus juris habet bonæ fidei possessor quàm usufructuarius, quod ille potest usucapere rem, hic non potest. Ratio diff. est, Quia fructuarius non possidet rem, sed tantum detinet fructuum percipiendorum causa, & scit se tenere rem alienam. Usucapio vero neque sine possessione, neque sine bonæ fide procedit, ut dicetur *inf. ad tit. 6.* Dixi, interdum meliorem esse conditionem fructuarii quàm bonæ fidei possessoris, v. g. In eo quod ad fructuarium pertinent omnes fructus, sive cultura & cura, sive sua sponte sine opera & facto hominis nascantur. Ad bonæ fidei possessorem non omnes, sed tantùm ij, qui cultura & cura proveniunt; Ratio est, Quia fructuarius, quo ad fructus planè est loco domini *l. 4. D. de usufr.* licet alioqui dominus non sit. *l. 43. §. ult. D. de furt.* Quæritur, si quis furatus sit fructus, uter habeat actionem de illis, an dominus proprietatis, an verò fructuarius. Hac de re est *d. l. 12. §. 5. Iulianus. D. de usufr.* Domino proprietatis condictio furtiva: fructuario actio furti competit.

Ad vers. Eadem ferè.

Colonus, id est, qui prædium rusticum conduxit, partim similis est bonæ fidei possessori, partim fructuario, partim utrique. Et utrique quidem similis est in eo, quod ut ille, ita & iste fructus suos facit. Ratio hæc est, Quia voluntas domini, id est, ex lege & pacto conventionis eos percepit *l. 26. §. 1. l. 61. §. 8. D. de furt.* Bonæ fidei possessori similis est, tum in eo, quod ut ille ita & hic fructuum fit dominus, sive illi decerpti vel percepti & consumpti fuerint ab ipso, sive ab alio *d. l. 26. in fin.* cum usufructuarius tantum fiat dominus eorum quos ipse, non quos

alius percepit: tum in eo, quod ut ille ita & hic jus suum, quod in prædio conducto habet, transmittat ad heredem, si fortè intra tempora locationis decedat *l.10. C.locat.§.ult.inf.de locat.& cond.* Fructuario similis est in eo, quod uterque omnes fructus, tam sponte natos, quam manusatos facit suos, cum b. fidei possessor tantum posterioris generis faciat suos, ut quidem Accurs. & huius sequaces putant, quorum sententia (ut sup. dixi) à Cisnero refellitur. Ex his jam differentiæ ab uno quovis facile colligi possunt. Observandum obiter Duo esse colonorum genera: Alij namque nummis colunt, ut ait Paulus sive qui ad pecuniam numeratam conduxerunt, ut ait Cajus *d.l.26.§.1.D.de furt.l.25.§.1.D.locati.* Alij parte fructuum, qui ob id partiarij Coloni appellantur: Qua de re pluribus inf. dicemus ad tit. de locat. & conduct.

Ad §. In pecudum.

Exponit Imp. quid fructuum nomine contineatur, quid non: ut sciamus, quid ad fructuarium pertineat, & quid ad dominum nudæ proprietatis. Quicquid enim non est in fructu, id certum est non pertinere ad fructuarium, sed ad proprietarium. Quanquam tota hæc res de usu fructuario non est propriè hujus loci, sed pertinet ad tit. de usufr. sed propter similitudinem cum bonæ fidei possessore eam Imp. hîc attingere voluit. Breviter, in fructu sunt fœtus pecudum, in fructu non est partus ancillæ: quod tamen olim Romæ controversum fuit, & quidem inter principes civitatis, sed Bruti sententia prævaluit. Idem ait *l.28.in pecudum.D.de usur.* unde hæc descripta sunt *l.68.*D.*de usufr.Cic. 1. de finib.* Hinc *Paul.lib.3.sent.tit.6.de legatis.§.18.ait.* Ancillæ usufructu legato partus eius ad fructuarium non pertinent. Ratio, cur homo non sit in fructu hominis, hæc est, quia absurdum hoc sit & contra dignitatem hominis, cuius causa rerum natura omnes fructus produxit, ut & Stoici voluerunt, *ut hîc & d.l 28.* Eadem dignitas hominis fecit, ut justissime noluerint ædiles, hominem ei rei, quæ minoris esset, accedere *l.44.justissimè. in pr.* D. *de ædil. ed.* Est & alia ratio, quia non temerè ancillæ eius rei gratia comparantur ut pariat, sed ut operas nobis præstent *l.27.ancillarum.*D.*de hered.petit.* Sicut servi non ob id à nobis habentur, ut thesauros eorum opera quæramus *l. 63.si is qui.§.3. si servorum.* D. *de acquir.rer.dom.* aut ut hereditates adeant: Ideoque aditio hereditatis negatur esse in operis servorum *l.45.aditio.in pr.D.de acq.hered.l.47.fructuario.D.de acq. rer.dom.* Non obstat *l.14 respondit.in pr.D.de usur.* neque *l.91.quæsitum.§. ult.D. de legatis 1.neque l.58.deducta.§.4. hereditatem.* D.*ad SCtum Trebell.* Quibus in locis si mora facta sit ab herede in restituenda hereditate fidei commissaria, atquè partus ancillarum atque alij fructus restituendi sunt. Hinc enim non sequitur, partus ancillarum esse in fructu. Nam in fideicommisso omnis accessio, omnis causa & utilitas rei restituenda est, & proinde etiam partus ancillæ, qua de re latius explicat *Connan.lib.4.c.2.& D. Hotom. ad hunc locum.*

Ad vers. Sed si gregis.

Agitur hîc de officio fructuarij, quod ipsi hac regula præscribitur. Usufructuarius

ctuarius rectè colere & quasi bonus paterfam, re uti debet, sive arbitratu boni viri, & hoc se facturum etiam cautionem interponit. Quia de re latius *inf.* D. *de usuf. & quemadmod. quis utatur fru.* Ratio regulæ pendet ex natura & definitione ususfr. qui est jus utendi fruendi rebus alienis, salva rerum substantia, *init. tit. inf. de usufr. & l.1. D. eod.* Cum g. individua, v. g. capita singula in grege vel armento perpetuò salva esse non possunt, successione aliorum opus est in locum demortuorum. Debet itaque is qui gregis vel armenti usumfr. habet, in locum demortuorum capitum, id est, ovium, boum, caprarum, porcorum, &c. alia novella substituere. Imp. hîc & JCti passim vocant summittere *d. l. 58. §. 4. D. ad Senatusconsultum Trebel. Virgil. in Georg.* Sufficere. Sic is qui vitium vel arborum usumfr. habet, in locum demortuorum seu arefactarum vel vi tempestatis erutarum alias substituet. Hoc enim faceret quisque bonus & diligens paterfam. & hoc convenit arbitrio boni viri. Huc pertinet quod dicitur in *l. 13. si cuius rei. §. 4. fructuarius. D. de usufr.* Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere non potest. Item quod est in *l. 10. secundum naturam. D. de R. I.* Et quod Paul. ait in *l. 15. is qui in potest. at. §. ult. D. de leg. præstand.* Absurdum est, inquit, alium habere commoda rei, alium onera sustinere.

Ad §. Thesauros.

XI. Modus acquirendi est Thesauri inventio, de quo est & *l. 31. nunquam. §. 1. thesaurus. & l. 63. D. de acq. rer. dom. l. un. C. de thesaur. lib. 10. & C. Th. lib. 10.* Videatur & *Nov. Leonis. 51. Reform. Norib. tit. 25. l. 1.* Thesaurus vel (ut vetus habet scriptura) Thesaurus, teste Donato in Eunuch. Ter. & Pand. Florent. aliàs in genere significat acervum vel cumulum seu copiam quarumlibet rerum etiam malarum *apud Euripid.* Jone thesaurus stupri, & abolitæ fraudis apud Plautum & Apuleium. Sic Thesaurus iræ apud B. Paulum Rom. 2. v. 5. Sed hoc loco Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic definit *Paul. in d. l. 31. §. 1.* depositio pecuniæ, id est, pecunia deposita, ut sup. definiebatur servitus constitutio juris gentium, id est, aliquid jure gentium constitutum. Sic hereditas definitur successio, id est, aliquid succedens. Pecuniam hîc accipe latius non solùm pro nummis, seu pecunia numerata, sed pro qualibet re mobili tamen, ut est *in l. pecunia 178. & l. 222. D. de V. S.* (θησαυρὸς non est παρὰ τὸ τίθεσθαι εἰς τὸ αὔριον, sed simpliciter παρὰ τὸ τίθεσθαι. Item Thesaurus est quælibet res pretiosa, ut in proverb. Carbones pro thesauro, id est res vilis pro pretiosa, quæ expectabatur) Impp. *in d. l. unica. C. de thesauris. & in l. 2. C. Th. eod. tit.* Thesaurum definiunt condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia, ubi vulgo mobilia. *Cassiodoro lib. 6. var. formul.* Thesaurus est depositiva pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Si ergo constet de domino, qui pecuniam suam defodit, thesaurus proprie non est, licet per abusionem ita appelletur; eiusque furtum fit, ut *d. l. 31. §. 1. in fi. l. 15. thesaurus. D. ad exhib. l. 3. §. 2. Nerva. & l. 44. in pr. D. de acq. poss.* v. g. Quod Euclio apud Plautum in Aul. defodit, non est propriè thesaurus, de quo hîc agimus, ideoque servus eum surripiens furtum fecit.

Thesauri

Thesauri autem inventio est modus acquirendi naturalis, quia hîc est occupatio quædam & inventio, quæ est modus acquirendi antiquiss. ut sup. dict. Ratio, cur thesaurus fiat invenientis, quia est nullius, utpote cuius dominus ob vetustatem ignoretur. Quod autem nullius est, fit occupantis, *ut sup. dict.* §. *feræ*. Sed non semper totus thesaurus invenienti conceditur, itaque sic distinguere oportet: Inventio vel illicita est, ut quæ fit Magicis artibus, sive, ut Impp. loquuntur, sceleratis & puniendis sacrificiis: vel est licita. Per illicitam quæsitus thesaurus cedit fisco, idque sive in suo, sive in alieno facta fuerit. Licita vel fit in loco proprio, vel in alieno In loco proprio repertus thesaurus totus fit invenientis, sive dedita opera quæsitus fuerit, sive aliud agendo inventus. Ratio est, quia Dei beneficium & fortunæ donum, ut appellatur Thesaurus *in d. l.* 31. *& d. l. unica*. nemini sit eripiend. quod olim fiebat & fisco applicabatur, nisi quis facultatem retinendi impetrâsset à Principe ut videre licet *ex d. l. unica. & l.* 1. *cum* 2. *seqq* C. *Th. de thes.* In suo inquam loco cuilibet licet quærere thesaurum dedita opera: in alieno non item. Locus enim alienus vel est privati hominis, sive ille plenam proprietatem habeat, sive nudam, vel sacer, vel religiosus, vel sanctus, vel Cæsaris, vel fisci, vel Publ. populi Rom. vel denique publicus Civitatis, ut sunt res universitatis. Si in loco sacro vel religioso thesaurus inventus fuerit, idem juris est quod in loco privato, ut scilicet fiat invenientis totus: si in alieno privati hominis, altera tantum pars est invenientis, alterum dimidium ad dominum fundi pertinet, quam si quis ei intervertat, furtum facit. Quod jus introduxit Hadrianus Imperator & de eo idem testatur Spartianus in eius vita. Impp. Gratianus, Theodosius & Valentinianus domino loci tantum quartam partem tribuerunt *l.* 2. C. *Th. de thesaur.* Sed eorum Constitut. abrogârunt Leo & Zeno in *d. l. unic.* C. *de thes.* revocata in usum constitutione Hadriani. Sed ei, quod dictum est de loco religioso valdè obstat *l.* 3. §. 10. *si in locu*. D. *de jur. fisci*. Ubi ait Callistratus, Divos fratres, id est, Imp. M. Antoninum Philosophum & Ælium Verum constituisse, ut thesauri in loco religioso aut in monumento inventi pars dimidia fisco vindicaretur. Non ergo totus ad inventorem pertinet, quam antinomiam alij aliter solvunt: quidam etiam fatentur esse inexplicabilem. Videatur præter Interpret. Indit. *Alciat. lib.* 7. *parerg. c.* 1. *Connan. lib.* 3. *c.* 4. D. Giphan. putabat hæc verba *d. l.* 3. Religiosisve & monumentis esse delenda tanquam spuria. Non enim esse verisimile, ut Divi fratres, qui Hadrianum statim secuti sunt, ipsius constitutionem mox abrogârint. Ego in tanta dissensione doctiss. hominum fateor mihi N. L. Postremò sciendum Fridericum Imp. in c. unico, quæ sint regal. *lib.* 2. *feud.* dimidium thesauri talis in loco religioso inventi fisco attribuisse. Et hæc quidem hactenus de thesauro, quem quis ipse invenit, quid autem juris sit, si servus alicuius, vel filiusfam. thesaurum invenerit, vel servus communis, vel servus, in quo quis usumfr. habet, vel creditor in fundo oppignorato sibi, de eo est *l.* 63. *D. de acq. rer. dom.* & pertinet hæc res ad tit. *Per quas personas cuique acquir inf.* Priusquam à Thesauro abeamus, reficiam auditorium jucunda narratione, quam ex Chrysostomo referam. Erat, inquit, cuidam prædium, occultum thesaurum continens, inscio domino, qui prædium

vendidit.

vendidit. Emptor effodiendo, ut plantaret & coleret prædium, invenit occultum thesaurum. Eum cum posset omni jure retinere, ut in suo repertum, vel ignorantia juris sui, vel nescio qua alia de causa abit ad venditorem, & ab eo postulat, ubi recipiat thesaurum, non enim thesaurum sed locum se emisse contendebat. Alter respuere oblatum sibi donum, quod diceret, se in locum venditũ & jam alienatum nihil juris habere reliquum. Ita inter se contendentibus cum alter invito obtruderet thesaurum, alter accipere recusaret, placuit compromittere in arbitrum; ut is pronunciaret, cuinam thesaurus attribuendus esset. Arbiter ille sic litem diremit, ut neutri litigantium eum addiceret, sed sibi vindicaret. Verum exitus docuit, non frustra venditorem & emptorem respuisse thesaurum hunc, nam qui eum sibi sumpserat, illi exitio fuit. Non recitassem hoc nisi ante suam memoriam vere sic gestum esse scriberet Joan. Chrysostom. & quidem bis repeteret *homil.33.ad pop. Antioch.& homil.41.in Acta Apostol.* Nunc ad cæteros acquirendi modos transeamus.

Ad §. Per traditionem.

XII. Modus acquirendi est Traditio rei facta à domino ex justa causa sive ex justo titulo: ad quem modum cætera ferè quoque omnia quæ sequuntur usque ad finem tit. pertinent. De eod. est *l.9.§.3. hæ quoque res cum* §§.*seqq.D.de acquir.rer.dom.* Unde hæc descripta sunt. Item *l. traditio.*20. *in pr.& §.1.l.21.§.1.l.31.in pr.l.43.§.1.D.d.t.l.20.C.de pact.* Videatur de eod. & C*onnan.lib.3.c.7.& Anton.*C*ont.lib.1.disp.c.*12. Cum autem hic modus sit celeberrimus, nobis quoque diligenter de eo explicandum est. Et primò dicendum. Quid sit traditio. 2. Quot sint eius species. 3. Quæ sint necessaria ad traditionem, ut habeat eum effectum qui est dominij translatio & acquisitio.

Primum g. Traditio in jure diligenter distingui solet à datione. Dare enim est dominium transferre in accipientem, sive dominum eum farere. §. *sic itaque. Inst.de action.l.*28.*& l.75.§.ult.D.de V O.* Tradere verò est possessionem tantùm transferre *d.ll.* Traditio g. est facti potius, sicut & possessio plus facti habet. Datio est juris. Sic venditor non tenetur emptori rem emptam dare, sed tradere tantùm, sive vacuam possessionem præstare, ut rem emptori habere liceat. Sic & aliàs Jurisconsulti accuratissimè verborum proprietatem indagare ac distinguere solent, ut inter verba Habere, Possidere, Tenere, discrimen faciant, de quo inf. in formula stipulationis Aquilianæ §. *est autem prodita. tit. Quib. mod. toll.oblig.l.38. D. de V. O.*

Traditio igitur, autore Theophilo, est è manu in manum datio. Sed definitio ista angustior est. Complectitur enim tantùm rem mobilem, quæ pugno teneri & de manu in manum tradi potest, unde & pignus propriè rerum mobilium esse quidam putarunt ut *in l.* 138. § 1. *Pignus. D.de V.S.* Traditio autem non tantùm est rerum mobilium, sed etiam immobilium sive soli, quæ propriè Inductio in possessionem vocatur. Quare rectius dicemus Traditionem esse translationem possessionis *argum d l.28.D.V.O.& l.3.D.de act.empt. Vide Cujac. lib.17.obs. cap.19.* Nec opus est addere, Rei corporalis. Nam ut possessio tantùm cadit in

rem corporalem; ita ea sola tradi potest, ut mox dicetur. II. Species traditionis sunt duæ; vel enim est propria vel impropria, sive ficta & imaginaria sive quasi traditio, ut appellatur *in l.6.D.de donat.* Propria traditio est, quæ in re mobili quidem fit de manu in manum datione: in re soli per inductionem in possessionem. Impropria est sive ficta & imaginaria, quæ fit signo aliquo & symbolo, ut clavibus, annulo, baculo, aliisque rebus quæ rem repræsentant, de quibus prolixè *D.Hotoman.in comm.ut.feud.cap.22.& dicetur infr.ad §. Item si quis. h t*

Erat olim & civilis quædam traditio recepta, quæ dicebatur Mancipatio, quæ fiebat mancipio & nexu imaginaria quadam venditione, *de qua supr.ad §. præterea.tit.Quib.mod.jus potest.solv.* Sed hodie sublata.

II. Sex autem hîc concurrere oportet, ut traditione acquiratur dominium. I. ut sit res, quæ tradi & possideri possit, idest, res corporalis. Incorporalis enim ut tangi & possideri non potest, ita neque tradi *d.l.43.§.1 D. h.t.l.20. quoties. D.de servit.l.3. D.de acq.poss. & dicetur inf tit.prox.* II. requiritur, ut fiat possessionis translatio. Ex Possessione enim dominium oritur *l.1.in pr.D. de acq. poss.* ut ex facto jus *l.52.si ex plagis.§.in clivo D.ad L.Aquil.* Nudis igitur pactis & contractibus res nobis nõ acquiritur, sed tantùm persona obligatur ad dandũ vel faciendum *d.l.20.C.de pact.l.3.D.de O.& A.* III. Requiritur ut tradens sit dominus, ut hîc in verb. voluntat domini & à domino tradita. Si dominus non sit, nihil transfert in eum qui accipit *d.l.20.Traditio.D.h.t.* Intellige quo ad dominium. Nam possessionem certè transfert, cuius quæ sint commoda præsertim si quis bona fide acceperit, *sup.dict.ad §.si quis à non domino.* Ratio est, quia nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet *d l.20. in pr.l.27 si noxale.§. ex his.D.de noxal.act.l.54.l.120.nemo plus.l.160.aliud.D. de R.I.* Dices, Atqui creditor potest pignus distrahere, cuius tamen ipse non est dominus *l.35. §.1.D.de pig.act.tot tit C.de distr.pign.§.contra autem inf. Quib.alien.lic.vel non. l.46.D.de acq.rer.dom.*

Respond. Cum creditor pignus vendat voluntate debitoris ex pacto scilicet vel tacito vel expresso *l.4.C.de pign.act.* ipse debitor vendere videtur. Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat rem suam, an voluntate eius alius, ut *ait Imp.inf §.nihil autem.h t.* IV. Requiritur voluntas & consensus in domino *l.55.in omnib. D. de obl. & act.* Nam ut maximè dominus rem suam alteri tradat, si tamen animum non habeat transferendi dominij, vel si erret, dominium non transit in accipientem. De errore vid. *l.36. D de acq. rer. dom. & l. 18. D.reb.cred.* V. Requiritur, ut dominus sit is qui habeat liberam rerum administrationem, quæ si cui interdicta sit, ut pupillis, furiosis, prodigis, dominium non transfertur, quò pertinet *tit.inf.quib.alienare lic, vel non.* VI. Requiritur, ut adsit justus titulus sive causa, quales sunt, emptio, venditio, dos, legatum, in solutu datio, &c. Horum titulorum aliquis nisi accesserit ad traditionem, nuda dicitur traditio, quæ nunquam transfert dominium *d.l.31.in pr. D. de acquir. rer. dom.*

Ratio est, quia ludere potius videtur quàm seriam rem agere qui dat & qui accipit rem sine causa vel titulo. Joco autem facta non valent, quia abest verus

&efficax

& efficax consensus *l.7. D.de acceptil.* Sic neque stipulatio sine causa facta valet *l.4.D.de doli except.*

Cur autem ex injusta causa, ut furto, rapina, metu, contractu vel donatione illicita facta traditio non transferat dominium. Ratio est ne homines invitentur ad delinquendum, Hæc igitur omnia si concurrant, Traditio hunc habet effectum, ut res accipienti acquiratur. Tunc inquam traditio fit datio, id est, dominij translatio. Ratio hic expresso est in textu, & in *d.l.9.§.3.D.de acquir.rer.dom.* Quisque enim est rei suæ liber moderator & arbiter *l.21.C. Mand.l.2. D.si à par. quis esse.* Ratio tamen dubitandi esse poterat, quia traditio sit facti: Dominium vero juris. Ratio decidendi jam sup. dicta est, quia scilicet ex possessione oriatur dominium, ut ex facto jus. Quæritur quænam ergo res per traditionem alienari & transferri possint? Et ait Imp. Res cuiuscunque generis (modò sint corporales) id est, tàm mobiles quàm immobiles, tàm prædia stipendiaria sive tributaria quàm Italica. Sublata est enim hodie ea quæ inter illa olim erat differentia *l.unica.C.de de usucap transform.* Quæ res ut intelligatur sic habendum est, Romani olim gentium & nationum barbararum victores, si quam occupassent provinciam, solebant omnes eius agros in publicum redigére, ut esset dominium eorum publicum pop. Rom. & *sup.admon.§.item ea quæ. h.t.* Provincialibus tamen devictis possessionem & usum eorundem relinquebant pro certo vectigali sive tributo ac stipendio. Etsi enim interdum tributum, quod à tribuendo dictum est, à stipendio, (quod à stipe) distinguitur *l.7.D. de usufr. leg. l.46.D.de jur.fisci.l.13.D.de impens. in res dot. fact.* plerumque tamen promiscuè usurpatur, ut & hic & *d.l.27.§.1.D.de rei vind.* Idemq; valent apud Historicos hæc 2. facere aliquem stipendiarium & facere aliquem tributarium. Hi igitur agri hic dicuntur prædia stipendiaria & tributaria, qui & possessiones vocabantur teste Festo & *l.115.D.de VS.de quo Brisson.lib.4.antiquit.c.1.* His agris opponebantur Italici, sive prædia Italica, quorum & aliàs in jure fit mentio, ut *in pr.tit. inf. de usucap.& in pr tit.inf. Quib.alien.lic.vel non & l.2.C.Th.de donat.* Illi alienari non poterant per traditionem, quòd privatorum hominum tantùm esset possessio, dominium non item, quod erat publicum pop. Rom. Hi poterant, utpote qui pleno jure essent privatorum. Sic & aliis in rebus privilegia quædam habebat Italia præ provinciis, ut in numero liberorum, *de qua sup.init.tit. de excusat. tut. In usucapionib.inf.de usucap.* In alienatione fundi dotalis *inf. Quib.alien.lic.* Sed hæc sublata est differentia.

Ad vers. Sed si quidem.

Dictum est sup. Traditionem ex justa causa sive titulo factam dominium transferre. Eius regulæ velut exceptio quædam hîc affertur, in re scil. ex causa venditionis tradita. Summa hæc est: Res ex titulo venditionis tradita, à rebus ex alia causa traditis in eo differt, quòd ex aliis rebus traditæ statim fiunt occupantis, ex hac non statim, sed soluto domum pretio quod antequàm fiat, dominium dicitur esse in pendenti, *ut hîc & l.19.l.53.D.de contrah.empt.l.12.in fi l.25.§.1.D. de usufr.5.§.pen.D.de trib.act.*

Id cautum fuit L. XII. tabul. quæ ex Solonis legibus, ut & aliæ multæ, desumptæ videntur, ut *ex Plat. lib. 11. de legib. & ex Theophrasto apud Stobæum serm. 42.* colligitur. Meminit eiusdem juris etiam *Varro lib. 2. de Re rustic. cap. 2. & Quintil. declam. 36.* Ratio est, quia hæc mens contrahentium fuisse videtur, & hoc inter eos actũ, ut non aliter res emptoris fieret, quàm si is pretium solvisset, ne non tàm emptio & venditio quàm donatio facta videretur. Huc & illud pertinet, quòd actio ex empto non antẽ competit emptori ad rem tradendam quàm pretium solverit venditori, qui rem interea quasi pignoris loco retinere potest *l. 13. §. offerri. D. de act. empt. & l. 14. §. 1. in fi. D. de furt.* Etsi autem Lex XII. tabularum stricta fuit, & præcisè pretium statim solvi voluit, Jurisconsulti tamen interpretatione sua eam ita mitigârunt, ut etiam satisfactio esset loco solutionis: idque ideo, ut tanto maior esset libertas commerciorum, in qua salus Reipub. consistit *l. 44. D. de usucap.* Et quia non semper argentum præsentarium ad manum quis habet. Satisfactio à solutione propriè dicta, quando numerationem significat, differt *l. 10. D. de pign. act.* Sed si solutionis verbo generaliter utamur pro qualibet liberatione, ut interdum fit *l. 54. D. de solut. l. 47. D. de V. S.* tum satisfactio quoque eo continetur & pro solutione esse dicitur *l. 136. D. d. t. l. 52. D. de solut.*

Satisfactio g. fit duobus modis, vel pignore dato, vel expromissore, id est, fidejussore *d. l. 53. D. de contrah. empt.* Expromissor aliàs est qui obligationem principalem in se transfert novatione facta & delegatione *l. 7. §. 3. D. de dol. mal. l. 4. §. 3. D. de re judic. l. 8. §. 8. l. 13. in pr. & l. 22. D. ad SCtum Vellei. l. 37. D. de oper. libert.* Aliàs simplicẽ fidejussorem significat, *ut hîc & d. l. 53.* Qui & adpromissor dici solet *l. 5. § satis acceptio. D. de V. O. l. 43. D. de solut. l. 64. §. 4. sed & si reum. D. solut. matrim.* Addit Imp. Tum quoque statim rem fieri emptoris, si venditor fidem ipsius secutus sit, id est, si fidem ipsi habuerit de pretio, *ut ait d. l. 19. D. de contr. empt.* Sic fidem alicuius sequi & nomen, & personam passim usurpatur *l. 1. §. 1. D. nautæ caup. stabul. & c. l. 1. in fin. D. de reb. cred. l. 24. §. 2. D. de reb. autor. jud. possid.* Quò pertinet etiam quod ait Livius lib. 22. Habita fides ipsam magis obligat fidem. Sed quia dictum est de rei venditæ dominio cautum fuisse legibus XII. tab. quas certum est esse partem juris civilis, quæri & dubitari poterat, An ergo hic modus acquirendi sit civilis, si cui res tradatur ex causa emptionis. Huic g. dubitationi occurrit Imp. & ait, non ideo minus ex jure naturali sive gentium illum esse, quòd legib. XII. tab. id est, jure civili, super eo cautum sit Sunt enim contractus plerique ex jure gentium *l. 5. D. de just. & jur.* etiamsi illis aliquid additum vel detractum fuerit à jure civili, quod neque in totum recedit à jure naturali, neque per omnia ei servit.

Ad vers. Nihil autem interest.

Dictum est inter cætera, necessarium esse ut is qui tradit, sit dominus rei. Id hoc loco explicat Imper. *ex Gajo d. l. 9. §. 4. D. h. t.* & ita intelligendum esse docet, ut etiam ab alio voluntate & permissu domini res tradita alienari possit,

possit, V. G. à servo, à filiofam. ab amico, à procuratore omnium bonorum, qui liberam habent administrationem, à creditore, cui res pignori data sit. Ratio est, Quia quod quis per alium facit ipse facere videtur *c. 72. Qui facit. de R. I. in 6. l. 56. D. de solut.* Qui mandat solvi, ipse videtur solvere. Notand. hîc obiter, Procuratorem vel dari ad litem, vel ad negotia: & hic vel est unius rei & certæ, vel omniũ bonorum: Et is vel habet liberam administrationem, vel non habet: *Qua de re inf. latius sub tit. de Mandato. Vid. l. 58. & seq. l. 63. D. de procur. l. 12. D. de pign. act.*

Ad §. Interdum etiam.

Quod supra dictum est, Nuda voluntate, nudis pactis & contractibus dominia rerum non transferri, ejus hîc quasi exceptio additur ex *l. 9. §. 5. D. de acq. rer. dom.* Id verum esse scilicet, Nisi res jam antea ex alia causa, quæ ad transferendum dominium non est idonea, sit penes illum, in quem alienari debet. Tunc enim traditione opus non esse, & nudam voluntatem domini sufficere. Finge, Dedi tibi utendum equum meum, vel aliam rem quamlibet, vel eam locavi, vel deposui apud te, vel pignori opposui tibi. Hîc neque ex commodato, neque ex locatione, neque ex deposito, neque ex pignore in te translatum est dominium, sed vel possessio sola vel detentio eius. *l. 30. D. locati. l. 35. §. 1. D. de pign. act.* Posteà inter nos convenit, ut ea res esset tibi empta vel donata, vel doti, vel in solutum data vel permutata cum alia &c. ex quibus titulis dominium trans ferri solet. Hîc igitur non opus est illis ambagib. ut tu mihi eam rem prius restituas & ego tibi postea denuò tradam eâdem ex earum causarum aliqua: Sed eo ipso quod patior & volo eam apud te esse, ex tali Causa jam proprietas in te transit *l. 77. D. de rei vind. l. 10. D. donat. l. 62. si rem. in pr. D. de qui. l. 21. si servus §. 1. D. de acqui. rer. dom. & alibi.* Ratio est, quia res jam penes te est, quod ipsum traditione efficeretur. Meræ igitur ambages & moræ essent, si denuò tradenda esset. Hinc ergo intelligitur, Nihil interesse, Utrum titulus seu causa præcedat, sequatur traditio, an vero traditio præcedat, sequatur causa. Sic sine traditione interdum transit Possessio & dominium, si emptor sciente ac permittente venditore in vacuam possessionem ingrediatur. Scientia enim illa & patientia loco traditionis est *l. 2. C. si quis alteri vel sibi l. 2. C. de acq. poss. l. 12. C. de contr. empt. l. 12. C. de fid. instru.* Si propria autoritate ingrederetur, haberetur pro prædone *l. 5. & l. 33. D. de acq. possess.*

Ad §. Item si quis.

Diximus de traditione vera & naturali, in qua res ipsa traditur: Sequitur de ficta & imaginaria, in qua nota aliqua & Symbolum rei illam repræsentans intervenit, cujus tamen idem est effectus, qui veræ: translatio scilicet dominij. Exemplum ejus est in traditione clavium facta apud horreum sive in ejus conspectu. Cum enim claves repræsentent ipsas merces in horreo reconditas, traditis clavibus ipsæ merces traditæ videntur & proprietas earum translata, etiam antequam emptor horreum aperuerit mercesque apprehenderit. Intelliges si venditor fuit dominus. Alioquin enim usucapiendi tantùm conditio in bonæ

fidei emptorem transit *l. 74. clavib.* D. *de contr. empt.* Sic & vina tradita videntur si claves in re præsente apud cellam vinariam traditæ fuerint *l. 3. § pen.* D. *de acq. possess.* Dixi in re præsenti vel apud horreum, sive cellam, sive tabernam. Hoc enim necesse est, & quantum valeat rei præsentia, prolixius explicat Hotom. in observat: Sic claves à marito tradebantur novæ nuptæ quasi quæ jam omnium in domo rerum potestatem haberet juxtà cum marito: Et in divortijs rursum eidem adimebantur vel etiam ultrò ab uxore remittebantur marito. Qua de re eruditè explicat *Brisson. in lib. de Ritu nupt.* Sic tradito Instrumento auctoritatis (der Kauffbrieff) res ipsa, quæ eo continetur, tradita intelligitur *l. 1. C. de donat.* Sic modus fictæ traditionis est conductio rei *d. l. 77.* D. *de rei vindic.* Item Retentio ususfr. *l. 28. & l. 35. § ult.* C. de donat. Plures videantur apud Hotom. *d. c. 22* in disput. de Feud. Et observari hoc loco possunt quatuor versus, quibus veteres comprehendere voluerunt impropriam hanc translationem possessionis. Referuntur autem ab Accurs. *ad tit. De consuet. recti feudi lib. 2. tit. 33.* Visu, sive rei mutuatæ venditione:

Si conductorem jussi deponere: rerum
Clavibus & chartis: mea si conduco scienter:
Quamvis non aliter detur, possessio transit.

Ad §. Hoc amplius.

Missilia quoque ad modum acquirendi per traditionem pertinent. Sed is qui ea spargit, voluntatem suam alienandi confert in personam incertam. Nescit enim quis ex vulgo accepturus sit id quod proiecit. Et hæc est ratio dubitandi, Quia scil. in omni translatione dominij duorum consensus & voluntas requiritur, Tradentis & accipientis *l. 55. in omnibus* D. *de O. & A.* Hic autem unius tātum voluntas esse videtur. Ratio tamen decid. est, Quia & is qui spargit, voluntatem habet alienandi, quam ipsa jactatione satis declarat: & is qui excipit, animo domini rem apprehendit, idque de voluntate spargentis. Quod autem his res non destinetur ab initio uni & certo alicui, ut fit in vulgari traditione, id inde est, quia natura hoc non patitur. Quia tamen is qui spargit, vult, ut res, quæ jactatur, ejus fiat qui excepit, quicunque demum is sit ex tota multitudine, dominium in eum transfertur. Missilia à Seneca sparsiones vocantur, à Statio ex auro divites sparsiones, à Corippo imbres aurei, à Musa Rhetore Croco odorati imbres. Solebant enim Magistratus in ingressu honorum, vel Principes in editione ludorum, vel Pecuniam, vel æs, vel odores, vel bellaria, vel etiam tesseras frumentarias in vulgus jactare *Qua de re Vid. Sueton. in Nerone & Lamprid. passim. Item l. 5. §. 1.* D. *pro derelict. l. 2. C. de Consulib. lib. 12. Nov. Iustin. 105. Leonis 94.* Et hæc missilia etiam ante sparsionem emi & vendi solebant, ut apparet ex *l. 8.* D *de contr. empt.*

Ad §

Ad § Quaratione.

Cum sparsione missilium comparantur res pro derelictò habitæ *l.* 5. §. 1. D. *pro derel.* Nam ut ibi is qui spargit, ita & hìc is qui dereliquit, eo animo rem abijcit ut nolit amplius ejus esse dominus, & uterque statim post abiectionem dominus esse desinit *l. 43. falsus* §. 5. *quod si dominus* D. *de furt.* In eo quoque hi duo sunt similes, quod nesciunt quis rem sit occupaturus. Quemadmodum item is qui aliquid excipit ex missilibus, ita is qui rem ab alio derelictam occupat, continuò fit ejus dominus, *ut hic & l.* 1. *& l.* 5. §. 1. D. *pro derelict.* Sed obstat *l.* 4. *& l.* 5. *cum seq.* D. *pro derel.* Ubi res pro derelicto habita dicitur usucapi ab eo qui occupavit. Si usucapitur, Ergo non statim ipsa apprehensione vel occupatione facta est accipientis. Si statim ejus facta esset, quid opus esset usucapione, cum res semel nostra non possit amplius esse nostra §. *sic itaque infra de Act.* usucapio autem est adiectio dominij *l.* 3. D. *de usucap.* Rx. per distinctionem, Aut is qui dereliquit rem, dominus ejus fuit, & tum is, qui eam occupat, statim fit dominus: aut non fuit dominus: & hoc casu non statim fit dominus, sed opus est usucapione. Non enim plus in alterum transire potuit quàm fuit penes derelinquentem. Quæritur, An statim desinat res ejus esse, qui pro derelicto habuit, an verò tum demum cum eam alius occupavit? Hac de re variatum fuit inter Sabinianos & Proculianos: Sed illorum sententia prævaluit, Putantium rem statim ejus esse desinere etiam ante quam alius eam occupârit *l.* 2. *in fi.* D. *pro derelict. d. l.* 43. §. 5. *Quòd si dominus*, eamque sententiam Imp. hìc quoque annotat. Notandum hic, dominium nuda voluntate non amitti, ut quidam putarunt, v.g. Si quis apud animum constituerit, nolle dominium rei amplius ad se pertinere: sed factum quoque ad abiectionem accedere oportere. Ratio est in *d. l.* 1. Quia ijsdem modis res nostræ esse desinunt quibus & acquiruntur, intellige in contrarium actis, ut dicitur *in l.* 153. *D de R. I. & in l.* 8. *D. de acq. possess.* Aliud est in possessione, quæ solo etiam animo amittitur, simul atque aliquis constituit nolle possidere *l.* 3. § 6. *in amittenda l.* 17. §. 1. D. *de acq. poss* Rationem differentiæ *supra* indicavi. Nec obstat quod vulgò dicitur, Rem iisdem modis amitti, quibus & acquiritur *d. l.* 1. *pro derelicto l.* 100. *omnia & d. l.* 153. *ferè* D. *de R. I.* Possessio autem non solo animo acquiritur, sed animo & corpore. Ergo non solo animo, sed utroque in contrarium acto amittitur. Rx. *ex Giphan. ad l.* 3. *D. de acq. poss.* Quòd si is qui rem pro derelicto habitam exceperit & usuceperit, ipse quoque eandem abiecerit ac dereliquerit, non revertetur dominium ad priorem dominum, (ut putabat M. Ant. Muretus, ea de re consultus per epistolam sed notatus à Cuiacio in Papiniano ad *l.* 14. *sanctio* D. *de poen.*) sed acquiretur occupanti justo titulo.

Ad vers. Alia sanè causa.

Res in tempestate naufragij metu in mare proiectę differunt à missilib. & pro derelicto habitis. Hæc.n. priorũ dominorũ esse desinunt, illę permanent. Idẽ dicitur *in l.* 9. §. *ult.* D. *de acq. rer. dom. & l.* 43. §. 11. *si quis* D. *de furt.* Ratio differentiæ est, quia

est, Quia in illis est voluntas alienandi, quæ hîc non est, sed potius levandæ navis causa jactura fit, quemadmodum Aristoteles disputat *3. Ethic cap.* 1. Si quis g. eas res animo lucrandi interverterit, furtũ facit, *d.l. 43*. Dixi lucrandi animo. Furtum.n. fit lucri faciendi gratia *§.1. inf. de obl. quæ ex del. nasc.* Quod si quis hoc animo sustulit, ut eas domino redderet, furti non tenetur *d.l. 43. §. pen.* sicut neque hoc casu earum mercium furtũ fit, si quasi perituras quis proiecerit *d. l. 43.* Quæritur, quid si non sine summo vitæ periculo aliquis eas recuperavit, ut urinator, Hoc casu sanè æquitas Postulat, ut recuperanti cedant, vel certè ut ipsi periculi hujus pretium prius præstetur. Reb. autem in mare jactis similes sunt eæ, quæ in via alicui non animadvertenti excidunt. Nam & has qui sustulit, non facit suas, sed siquidem lucrandi animo furti obstringitur; quod ut evitet, debet publicè significare se invenisse *l. 3. D. de incend. ruina, naufrag. in pr.* Quò pertinet dictum Augustini: Si invenisti & non reddidisti, rapuisti *d. l 43. §. 4. qui alienum & 8. proinde. Vide Reform. Norib. tit. 25. l. 2* Nec interest, sciat an nesciat, cujus sit res. Scire enim debet, quod suum non est, id ad alium modis omnibus pertinere *l. ult.* C. *unde vi.* Et Demosthenes ad furem, qui se excusabat quod rem Demohenis esse ignorâsset, Atqui inquit tuam non esse sciebas, *auctor Stobæus in libro περὶ παῤῥησίας.* Atque hæc de modis acquirendi dominia ex jure naturarali pendentibus, quos duodecim distinximus ex ipsius Justiniani distinctione, dicta sunto. Quanquam alii plures faciant, ut *Theop. in §. hactenus inf per quas person. cuique acq. XII. Vide & Conr. Wolfium.*

AD TIT. II. DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Dictum est hactenus de acquisitione rerum corporalium, & quidem ex iure naturali seu gentium. Nunc Priusquam de incorporalium rerum acquisitione & de modis Juris Civilis Imp. agat, interijcit hîc novam rerum divisionem, quò tractatio illa sit dilucidior. Res igitur omnes vel sunt corporales vel incorporales: quæ cuiusmodi sint & quomodo inter se differant, breviter videamus. Cicero in Topicis eandem divisionem his verbis proponit: Res quædam sunt, quædam esse intelliguntur. Corporales res, sive ut Cicero ait, quæ sunt, eæ sunt, quæ sub sensus cadunt exteriores, sive quæ cerni oculis & manu tangi possunt. De his notus est Lucretii versus:

Tangere enim & tangi nisi Corpus nulla potest res.

Tales sunt res singulæ tàm soli quàm mobiles, quarum exempla enumerantur *hîc ab Imp. & Cic. d. loco.* Philosophi individua vocant. Jurisconsulti species sive corpora. Non solùm autem res singulæ, ut hic vel ille fundus, hic vel ille servus, hæc vel illa vestis sed etiam genera, ut fundus, homo vel servus, vestis, quæ species à Philosophis dicuntur, rebus corporalibus annumeranda videtur. Etsi enim corpora in jure opponi solent generibus, non tamen etiam ipsæ res corporales generibus opponuntur: Imò genus compendio sermonis res singulas designat, quas ambitu suo continet. Quanquam negari non potest, quin genus

genus per se & in abstracto consideratum, ut est notio in intelligentia impressa, sit res incorporalis. Sed hæc Philosophica potius quàm Juridica est consideratio. Hinc ex diverso facilè intelligitur, quænam sint res incorporales, nimirum quæ tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt, *ut hic & Cic. in Topic.* Sic argumentatur Seneca *de Brevitate vitæ cap. 8.* Tempus res incorporalis est, quia sub oculos non venit, (Ideo tàm parum curatur ab hominibus, cum nulla sit iactura maior quàm temporis: utpote quod solum rerum recuperari non potest.) Tales sunt res, quæ in jure consistunt, sive, ut alibi loquuntur Jurisconsulti, quæ sine ullo corpore juris intellectum habent. Ac benè animadvertendum quod de intellectu Juris dicitur: ut excludantur philosophicæ considerationes generum ac specierum, quæ quidem etiam sunt aliquid intellectu, sed non habent intellectum juris. Omnia igitur jura huc pertinent, qualia sunt. 1. dominium. 2. servitutes, tàm personales, ut ususfr. usus & habitatio, quàm reales sive prædiales, ut prædiorum rusticorum & urbanorum. 3. Hæreditas, sub qua intelligenda est etiam bonorum possessio *l. 119. hæreditas & l. 138. l. 208. Bonorum D. de V. S. l. 2. D. de bon. poss. l. 117. prætor. D. de R. I.* 4. Obligationes quoquo modo contractæ, id est, tàm naturales quàm civiles, tàm ex contractu vel quasi, quàm ex delicto vel quasi. 5. Etiam actiones ipsæ. Nam ut obligatio definitur vinculum Juris *infr. de oblig.* Ità & actio definitur jus persequendi. Addit Cicero etiam usucapionem, & Tutelam & Gentem & agnationem. Sed usucapio est modus acquirendi; Reliqua vero sunt personarum jura, de quibus non hic, sed *supr. lib. 1. agitur. Cuiac.* addit Dotem, peculium & possessionem, quæ potius sunt res corporales: ut & nummi, sive quantitas. &c:

Dices, In hæreditate esse res corporales, in obligationibus plerumq; Corpus aliquod versari, & in usufr. percipi fructus, qui certè sunt corporales. Ergo hæreditas, obligatio, ususfr. non sunt res incorporales, sed potius corporales. ℞ Imp. Distinguendum esse inter hæreditatem & res hæreditarias: inter obligationem & res quæ debentur: inter usumfr. & fructus. Illa enim incorporalia sunt, tametsi hæc sint corporalia. Non rectè igitur *Seneca lib. 6. de Benefic.* Jurisconsultos reprehendit, qui hæreditatem à rebus & corporibus hæreditarijs separant. Neque definitio Ciceronis probari potest, qui in Topic. hæreditatem definit pecuniam, quæ morte alicuius ad aliquem pervenit: quam tamen definitionem & Isidorus amplectitur *lib. 5. Etymol.* Hæreditas enim etiam sine ulla re hæreditaria esse potest, v.g. si damnosa sit *l. 32. D. Mand. l. 119. D. de V. S.* Sic & bonorum possessio potest esse sine re *l. 3. in pr. §. 1. D. de bon. poss.* Et jus hæreditatis à corporibus hæreditarijs distinguitur *l. ult. C. de quæst.* Porrò ex his facilè erit colligere differentias harum rerum. Nam corporales propriè tradi & possideri possunt & usucapi: ut & *sup.* dict. Incorporales nō item. In his tamen patientia pro traditione, & usus pro possessione, & longi temporis pro usucapione habetur. Sunt & aliæ rerum divisiones in jure usitatæ, ut cum res alias dicimus dividuas, alias individuas: cuius divisionis utilitas est cum de solutione agitur & de re communi inter aliquos dividenda.

AD TIT. III. DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

AD hunc *tit.* pertinet totus ferè *liber* 8. *Dig.* Videatur & *Connan. lib.* 4. *cap.* 7. & 5. *seqq* *Item* Donell. *in Comment.* De ratione ordinis dictum est *supra.* Summa hujus tituli in tribus capitibus posita est. 1. Enumerantur & explicantur ordine servitutes tùm rusticæ tum urbanæ. 2. Docetur, quid sit his omnibus inter se commune. 3. Quomodo constituantur: quibus nos breviter addemus, Quomodo servitutes finiantur. Primò autem definitio tradenda est servitutis. Nam illud penè supervacuum est hìc admonere, aliter hìc accipi nomen servitutis, aliter in *lib.* 1. Sicut & illud Servitutis verbum quamvis commune sit tàm personalium quàm realium, tamen in his propriè hæsisse, *ut supr. in fine tit. præced. Imp. docuit, & apparet ex tit.* D. *de servit.*

Est igitur servitus prædij jus duobus prædijs vicinis vel affinibus inhærens, quo alterius utilitas diminuitur, alterius verò augetur, ita ut aliquid vicinus patiatur, vel non faciat in suo. Dixi jus *arg tit. præced. & l.* 86. D. *de V. S. l.* 3. & 12. D. *Quemadmod. serv. amit.* Dicuntur servitutes etiam qualitates & habitus & conditiones prædiorum *d. l.* 86. *& d. l.* 12. *l.* 23. §. *si fundus* 2. D. *de servit. præd. rust.* Unde intelligimus aliud esse ipsum prædium, aliud servitutem prædij, neque ipsum prædium ejus esse cujus est servitus prædij *l.* 4. D. *si serv. vind. l.* 30. D. *de servit. rustic. præd.* Dixi Duobus prædijs inhærens. Nam sine prædijs servitus Constitui non potest §. *Ideo autem infr. h. t. l.* 1. §. 1. D. *commun. prædior. l.* 2. §. 1. D. *si serv. vindic.* Horum alterum dicitur serviens, alterum dominans sive quod debet servitutem & cui debetur. Duo igitur diversa prædia esse oportet. Nam nemini res sua servit *l.* 26. D. *de servit. præd. urban.* Adeò autem servitutes inhærent prædijs, ut vendita quoque, vel quoquo modo alienata sequantur prædia *l.* 36. D *de servit. præd. rustic. l.* 12. D. *commun. præd.* Etiamsi fundus publicetur *d. l* 23. §. 2. *si fundus* D. *præd. rustic.* Res enim cum sua causa sive conditione transfertur *l.* 67. D. *de contr. empt.* Omnes quoque fundi partes servitus afficit. Sed & hoc sciendum, prædia oportere esse humani juris. Alioqui enim servitutem non recipiunt *l.* 4. D. *comm. præd. l.* 14. §. *ult.* D. *de servit.* Ipsis tamen servitus deberi potest *l.* 4. D. *Quemadmod. serv. amitt. d. l.* 14. §. 1. D. *de servit.* Hòc amplius necesse est, ut prædia sint vicina. Nam si nimium inter se distent alterum ab altero, servitus deberi non potest *l.* 38. *& seq.* D. *de servit. præd. urb.* Prædium enim medium impedit servitutem, nisi & ipsum quoque serviat *l.* 7. §. *ult.* D. *præd. rust.* De quo tamen videatur *l.* 7. §. 1. D. *comm. præd.* Dixi, quo alterius utilitas augetur, alterius verò diminuitur *ex l.* 5. §. 9. *& belle* D. *de oper. novi nunc.* Nam si ego ex tui juris diminutione nullam percipiam utilitatem in re mea, & nihil mea intersit, nulla est servitus *l.* 8. *in pr. & l.* 18. D. *de servit. d. l.* 38. *& l. seq.* D. *præd. urb. l.* 6. *in pr.* D. *si serv. vind.* Nec obstat *l. penult.* D. *de servit.* Satis enim est, si aliquando possit esse utilis servitus, etiamsi abinitio, statim cùm imponitur, non sit utilis. Nam & futura utilitas hìc spectatur *l.* 22. *& seq.* §. 3. D. *præd. urb.* Dixi, ut vicinus aliquid

nus aliquid patiatur, vel non faciat in suo. Hæc enim est natura servitutum, non ut aliquid faciat quis *l.15.§.1.* D. *de servit.* Excipitur servitus oneris ferendi. Ea enim hoc habet singulare, ut quia alirer consistere non possit, cogatur dominus ædium servientium parietem vel columnam, cui onus inititur, reficere *l.33.* D. *præd.urb. l.8.§.2. Etiam* D. *si servit. vind.* Præterea requiritur, ut prædium cui acquirere volo servitutem sit meum. Nam alieno non potest acquiri *l.5. & l.8.* D. *comm.præd.* Denique hoc etiam ad naturam & definitionem servitutum pertinet quòd causas perpetuas habere debent, id est, naturales *l.28.* D. *præd.urb.* Nec obstat *lex 14.* D. *de servit.* Aliud est enim habere causam perpetuam, aliud possessionem continuam & perpetuam.

Ad princ. Tit. & §. 2. Inter rusticorum.

Porrò ut prædia alia sunt urbana, alia Rustica *l.4.* D. *In quibus caus.pig. l.4.* D. *de pact.* Ita & servitutes prædiorum duplices sunt. Prædium enim urbanum à rustico vel suburbano non loco, sed materia sive qualitate, sive genere ac usu & destinatione patrisfam. secernitur, sicut & familia & suppellex, & penus urbana à rustica *l.16.* D. *de præd.min. l.166. l.198. Item l.211.* D. *de V.S. l.99.* D. *de legat.3. l.4.§.pen.* D. *de penu leg. l.12.* D. *de supel. leg.* Ea g. prædia quæ paterfam. habitationi destinavit, vel ex quibus mercedes percipit, ut stabula meritoria, vel quæ voluptatis causa comparata habet, ut sunt prætoria, sive sint in urbe, sive in agro, urbana dicuntur *dd.ll. & l.1.* D. *comm.præd.* Contrà Rustica sunt quæ fructuum cogendorum & conservandorum causa comparata sunt, & rei rusticæ exercendæ, etiamsi in urbe essent. Ex quibus quæ sint servitutes prædiorum rusticorum, quæ urbanorum facilè discerni potest. Rusticorum prædiorum servitutes hîc enumerantur & definiuntur *ex l.1. l.7. & l.12.* D. *de serv. præd.rust.* Et primæ quidem tres species differunt gradibus, ita ut sequens semper melior ac plenior sit præcedente I. Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi per fundum alienum *hîc & d.l.1.* Quod ita intelligendum est, ut is qui iter habet, nō solùm pedes ire possit, sed etiam eques cōmeare *l.12.* D. *Rust. præd.* Aliud est enim equo vel alio jumento vehere: aliud jumentum ante se agere sive minare. Potest quis etiam sella vel lectica gestari à servis, sive valetudinis causa, sive voluptatis *l.7.* D. *præd.rust.* Hi servi lecticarij dicebantur *l.99.§. pen.* D. *de leg.3.* Ad iter referenda etiam est servitus navigandi per lacum alienum *l.20.§.1.* D. *præd.rust.* Sine itineris servitute per agrum alienum ire non licet *l.11.* C. *de servit. & aq.* Potest vero iter sicut & actus per eundem locum pluribus concedi *l.15.* D. *comm.præd.* II. Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum. Jumenti appellatione hîc intelligenda sunt non tantùm ea, quæ plaustro vel currui junguntur, *ut in l.38.§.4. Iumentorum* D. *de ædil. ed. l.65.§. 5. jumentis* D. *de leg.3.* Nam jumentum à jungendo dictum vult Jurisconsultus Sextus Cæcilius apud *Gell. lib.20.cap.1. & Nonnius.* Quamvis alij à juvando. Sed etiam quævis pecora, ut greges ovium, caprarum, porcorum, armenta boum. Hinc apparet actus pleniorem esse servitutem quàm itineris, & actum in se continere iter. Nam cui conceditur id quod majus est, eidem utiq; conceditur etiam

quod minus est *l. filiusfam. §. fin. D. de donat l. 21. D. de R. I.* Qui g. actum habet per se quoque ire potest *l. 2. D. quemadmod. serv. amitt.* Et qui prius actum stipulatur, deinde iter posteriore stipulatione nihil agit *l. 58. D. de V. O. l. 9. §. ult. D. de novat.* Potest tamen interdum actus esse sine servitute *l. 3. §. 1. D. si serv. vind.* Cui non obstat *l. 1. D. de aliment. leg.* Loquitur enim de facultate sive commoditate eundi ambulandi, quæ ab actu separari non potest: At *d. l. 3. §. 1. loquitur* de itinere ipso sive servitute. Tertiò via est jus eundi ambulandi hominis & jumentum agendi & vehiculum ducendi. Hinc sequitur, viam in se continere & actum & iter. Quæ autem sit differentia inter actum & viam latè explicat *Cuiac. lib. 22. obs. cap. 35. & Duar. lib. 1. Disput. cap. 31. vid.* De latitudine viæ & modo est *l. 8. l. 13. §. 2. latitudo l. 23. in pr. D. de servit. præd. rust. l. 13. D. de servit.* Summa hæc est, Etsi legitimum viæ spatium est ex 12. tab. præfinitum, illud tamen conventione contrahentium dilatari posse vel angustari. At verò iter & actus certum & legitimum modum non habet *d. l. 13. D. de serv. præd. rust.* sed constituentium arbitrio relinquitur, Quartò Aquæductus est jus aquæ ex alieno fonte, lacu, flumine per alienum fundum ducendæ, vel ad irrigationem agri nostri, vel ad amœnitatem, vel pecoris causa *l. 3. in pr. D. de aq. quotid. & æstiu. l. 17. D. de aqua & aqua pluvia arc.* Sed requiritur, ut aqua perennis sit. Nulla enim aqua nisi quæ perennis est, duci potest *l. 1. §. 5. loquitur D. de aq. quot & æst.* Quia omnes servitutes causam habere debent perpetuam, ut *supr. d.* Quid g. si fons exarescat? Extincta est servitus, quæ tamen restituitur, si rursum aqua fluere incipiat *l. 34. §. ult. & l. seq. D. præd. rust.* Differt autem ab aquæductu aquæ haustus. Etsi enim hoc quoque jus est prædij, non hominis, tamen ad eas tantùm aquas pertinet aquæ haustus, quæ ita sunt submersæ, v. g. in puteis, ut diffluere in terram, & per fistulas sive canales vel rivos duci non possint ut usui sint *d. l. 1. §. 6. quanquam D. de aq. quot. & æst.* Itaque ad eas hauriendas opus est urnis, situlis, rotis machinis & tormentis. Rotarum mentio fit *l. 2. D. comm. præd.* Cui autem aquæ haustus concessus est, eidem & iter ad eum locum concessum intelligitur, utpote sine quo aquę haustus inutilis & nullus est *l. 3. §. ult. D. præd. rustic. l. 17. D. quemadmod. servit. amit. arg. l. 2. D. de Iurisdict.* Potest vero & aquæ ductus & aquæ haustus pluribus concedi, ut vel diversis horis ac diebus utantur aqua, vel si omnibus sufficiens sit, ut simul & eodem tempore *l. 2. §. 1. & 2. D. præd. rustic.*

Aliud tamen est, si posterior concessio coniuncta sit cum iniuria priori *l. 4. aquam C. de servit. & aqua l. 17. Impp. D. præd rust.* De cæteris servitutibus rusticis res est facilis. Tantùm de pecoris pascendi servitute notetur Constitutio Friderici Imp. *in c. un. §. vlt. De pace tenenda & ejus violatorib. lib. 2. feud.* per quā licet viatori equum suum in alieno agro pabulari, etiamsi is nullam habeat servitutem, modò id fiat ad usum necessarium. Deinde de pecore alieno in agro nostro deprehenso notanda est *l. 39. Q. Mucius §. 1. Ad l. Aquil.* non jure tale pecus includi, sed abigi debere sine damno & dominum admonendum esse qui tenetur lege Aquilia. Etsi autem hæ servitutes regulariter prædiorum sunt, sive Reales, interdum tamen etiam personales fieri possunt cum scilicet non prædij, sed ipsius personæ respectu constituuntur *l. 4. 5. & 6. D. præd. rust. l. pen. D. de servit. leg.*

vit.leg.l.1.D.de usu & usufr.leg.l.39. cum servus.§.4. si quis alicui. D. de leg.1. Inter quæ tamen magna est differentia. Nam illæ ad heredes & quosvis alios transmittuntur *d.l.pen.D.de serv.leg.* Hæ, cum sint personalia Jura, personam non egrediuntur, sed cum ea extinguuntur *l.1.§.43.& datur.D.de aq.quotid.& æst. argum.l.196.D.de R.I.* Quod datur personis, cum personis amittitur, inquit Ulp. Rusticis servitutibus denique annumerandum est jus venandi & aucupandi in alieno *arg.l.16.D.Pius D.præd.rustic.de quo vide Gail.lib.2. obs.cap.62.*

Ad §. 1. Prædiorum urb.

Ex servitutibus urbanis prima hîc refertur, servitus oneris ferendi: quæ est jus, quo onera vicini alicuius columna vel paries ferre & sustinere cogitur. In hac servitute id est singulare, quod is, qui eam debet, cogitur aliquid facere contra naturam aliarum servitutum, v.g. reficere parietem suum vel columnam *l.6.§.2.etiam.& l.8.D. si servit.vind.l.33 D. præd. urb.* II. Servitus tigni immittendi à superiori differt, sicut & servitus projiciendi vel proiectum habendi. Tignum enim immissum requiescit in alieno. Proiectum prominet tantùm & propendet, ac proprium est in iis ædificiis, quæ mæniana & suggrundæ appellantur: *l.11.Mæniana.C.de ædif.priv.l.20.servitutes.D.præd.urb.l.242.malum.§.1.inter.D.de V.S.* Quid autem tigni appellatione contineatur, exposui *sup.tit.1.ad §. cum in suo.h.lib.* Tertia servitus stillicidiorum est Jus aquæ pluviæ vel cœlestis ex nostro tecto in aream vicini, vel ædes, vel cloacam avertendæ & derivandæ, ita ut vicinus eam recipere cogatur. Ab hac differt servitus fluminis recipiendi. Stillicidium enim levius est flumine, cum in illo aqua guttatim casitet, in hoc cum impetu, postquam scilicet in canalem collecta est *d.l.20.§. si servitus. & §.seq. D. præd.urb.* Is ergo, cuius area stillicidij vel fluminis servitutem alteri debet, non potest in ea ædificare, aut aliquid facere, quo ea servitus impediatur *d.l.20.* ait *Imp.ex Cajo in d.l.2.D.præd.urb.*

Hanc quoque esse servitutem, ut quis non recipiat vicini stillicidium vel flumen, intellige, si quis antea servitutem illam debuerit recipiendi, & postea contrariam servitutem vicino imposuerit, qua prior extincta sit. Qomodo etiam servitus altius tollendi intelligi debet. Etsi enim dum res libera est, unusquisque potest alterius stillicidium non recipere, & ædes suas altius tollere *l.8. altius.& l.9.C.de servit. & aq.* ita tamen ne usitatam ædificandi magnitudinem excedat (*l.1.C.de ædif.privi.*) Id est, 70. pedes ex constit. Augusti, *Strabo lib.5. & 60. Trajani, Sex.Aurel.Vict. vide Brisson.1.Antiquit.c.1.l.1.§.17.Nunciamus. D.de oper.novi.nunc.* Si tamen contra priorem servitutem id facere velit, opus est nova servitute.

Servitus ne luminibus officiatur est, quo quis prohibetur aliquid facere, quo lumina nostra obscurentur, quod fit vel altius ædificando vel arborem opponendo. Differt ab hac servitute servitus luminum *l.4.D.præd.urb.vid.& Connan lib.4.c.10.* Differt etiam ab ea servitus ne prospectui officiatur *l.15, & 2. ll. seqq.D.præd.urban.* Plus enim est in prospectu quàm in luminibus. Lumen est

unde cœlum videri possit. Prospectus etiam ad amœnitatem refertur. Postremò observand. Quasdam harum servitutum etiam rusticis prædiis deberi posse. *l.1. D.præd.rust.*

Ad §. *Ideò autem.*

Hoc jam supra exposui ad definitionem servitutis: Quibus addenda *l.5. §.1.D.præd.rust.*

Ad §. *Ult.*

Servitutes tàm rusticæ quàm urbanæ (idem etiam in personalibus juris est *l.5.D.de servit.& inf.tit.prox.*) constituuntur ferè duobus modis: Contractibus inter vivos & testamentis. Contractibus, ut si quis in emptione & venditione fundi servitutem ei imponat. *l.3.l.7.8.10.& 13.D.commu.præd.l.16.D.si servit. vind.* Item si quis suo fundo stipuletur à vicino servitutem. *l.58* D. *de V.O.* Testamentis: ut si testator dicat, Titius hæres meus damnas esto ædes suas altius non tollere, luminibus vel prospectui vicini non officere, pati ut vicinus tignum immissum habeat, vel projectum, recipere stillicidum vel flumen, pati eum ire, agere, aquam ducere vel haurire ex suo fonte. *l.31.si testamento damnatus.*D.*præd. urb.l.16.potest.*D.*commu.præd.* Huc pertinet *tit. Dig. de servit. leg.* Sed hîc notanda est insignis differentia inter hos constituendæ servitutis modos. Servitus enim legata statim acquiritur legatario, etiam sine usu ac patientia, ut & quod jus legatum recta via transit à testatore ad legatarium. *l.64.D. de furt. l.80.* D.*de leg.2.* At ex contractu servitus non acquiritur antecessionem, sive usum & patientiam illius qui constituit. Non enim contractuum & obligationum hæc est vis & natura, ut rem vel jus aliquod nostrum faciant, sed ut personam nobis obstringant. *l.3.*D.*de O.& act. l.20. traditionib. C. de pact. & dixi sup. ad §. per traditionem. tit.1.h.lib.* Usus & effectus hujus differentiæ cernitur in *l.19.*D. *quemadmod.servit.amit.* Servitus enim non potest amitti, quæ nondum acquisita est, ut ex contractu *l.26.*D.*de usufr.leg.* Acquisita verò ut ex testamento amittitur non utendo & aliis modis. Quod non cœpit non potest desinere. *l.96. Titio.*D.*de condit.& demonstr.*

Quæritur hîc an etiam tempore, ut per usucapionem servitutes acquirantur. Resp. Propriè quidem non possunt servitutes usucapi, quia usucapio sine possessione non contingit. *l.25.*D.*de usucap.c.fine.de R.I.in 6.* Servitutes autem utpote res incorporales possideri non possunt. *l.32.in fine.* D. *præd. rust. l.43. §.1.*D.*de acq.rer.dom.* In rusticis prædiis est etiam hæc ratio, Quia ea possessionem, id est, usum non habent continuum, ut nemo continuò & sine intermissione ire, agere, aquam haurire potest. *l.14.in pr.*D.*de servit.* Ad usucapionem autem requiritur non solùm possessio, sed etiam continua & non interrupta possessio, ut infra docebitur *ad tit. 6.* Sed tamen receptum est, ut diuturno usu & longa quasi possessione acquirantur. Idque exemplo rerum immobilium, quib. inhærent, 10. annis inter præsentes, 20. inter absentes. *l.10.si quis diuturno, in pr.*D. *si servit.vind.l.1.& 2.& l.13.C.de servit.& aq.l.ult.in fin.* C. *de præscr.longi temp.*

Acqui-

Acquiruntur etiam vetustate seu tempore eo, cuius initium memoriam hominum excedit *l* 7.C.*de servit.& aq.l.3.§.4.ductus* D.*de aqu quotid. & æstiv.l.1.* §.*ult.& l.2.D de aqua & aqua pluv.arc.* Vetustas enim semper pro lege habetur, sive vicē legis tenet, minuendarum litiū causæ, ut *eleganter Paul.ait in d.l.2.* Plura de usucapione servitutum vide *apud Hotom.lib.3.obs.c.25.& apud Iac. Ræward. ad L. Scriboniam,* cuius legis mentio fit *in l.4.§.ult.* D. *de usucap.* His igitur modis servitutes acquiruntur. Sed hîc illud observandum eas sub conditione, aut ad certā conditionem, aut ex tempore, aut ad certum tempus constitui non posse *l.4.*D.*de servit.* Si tamen hæc adiecta fuerint, pacti & doli mali exceptio proderit *d.l.4.* Amittuntur vero quatuor potissimum modis, quorum alij sunt communes tàm personalium quàm realium, alij proprij realium servitutum.

I. Confusione extinguitur servitus, id est, si quis prædij servientis effectus fuerit dominus, qui est & dominus fundi dominantis *l.1.& l.15.* D. *Quemadmod. servit.am.l.27.*D.*præd.rust.* Ratio sup. dicta, quia nemini res sua servit.

II. Remissione, sive illa expressa sit, sive tacita *l.8.in pr.D.quemadmod.servit.am.* sive remissio fiat totius servitutis, sive partis *l.6.*D.*de servit.l.20.*D.*præd. rust.* Nam servitutes etiam pro parte retineri possunt *l.34.unus.* D. *de servit. rust. præd.* Ratio, quia licet unicuique juri suo renunciare *l.pen.* C.*de pact.l.2.D.si à par. quis manum.& Cic. pro Balbo.*

III. Non utendo per tempus ad eam rem constitutum, & per modum *l.6. hæc autem jura.*D.*præd.urb.l.28.alienationis.in pr.*D.*de V.S.* Utendo vero retinet quis servitutem, sive per se, sive per alium utatur *l.5.20.& 5.seqq.* D. *Quemadmod.serv.amit.* Hîc autem observanda est differentia inter servitutes urbanas & rusticas, de qua est *d.l.6.D.præd.urb.* & innuit eam *l.4.§.ult.* D. *de usucap.l.18.si quis alia.§.1.*D.*quemad.serv amit.* Morte vero & capitis diminutione servitutes prædiorum non pereunt *l.3.Iura.*D. *Quemad.serv.amitt.*

IV Casus amissionis est in *l.11.is cui via.§.1. quemadmod.serv.amitt.* V.G. Si hæres, à quo fundus sub conditione legatus est, interea pendente conditione servitutem imposuerit. Hæc servitus existente conditione extinguitur. Ratio est manifesta, quia extincto jure hæredis in illo fundo extinguitur etiam jus servitutis *argum. l.31.lex vectigal.* D.*de pig.* neque potuit hæres legatarij conditionem deteriorem facere, quamvis res ante eventum conditionis hæredis fuit.

De actionibus quæ pro servitutibus competunt, confessoria, & Negatoria dicitur *inf. tit. de action.§.2.æquè si agat.* Ubi etiam de interdictis quæ pro eis dantur. *vid. tit. de Interd.*

AD TIT.

AD TIT. IV. DE USUFRUCTU.

HUic tit.& seq. respondet *totus liber 7.Dig.Item tit.*C.*de usufr & habit.vid. & Connan.lib.4.c.3.& 3.seqq.* Adferuntur autem hîc tres servitutes personales, ususfructus, usus & habitatio, quas tamen vulgò Dd. Mixtas vocant, quia in illis res servit personæ, ut sup.in realibus res serviebat rei. Sed eos refutat Giphan. in Comm. de divis. Jur. Quatuor autem ferè hîc adferuntur. 1. Quid sit ususfr. 2. Quomodo constituatur. 3. Quibus in rebus consistat, ubi etiam de usufr. improprio, earum scilicet rerum, quæ usu consumuntur. 4. Quomodo finiatur. Definitio ususf. eruditè explicatur ab Hotom. *illustr.quæst.24.vid.eundem in disp. de Feud.c.34.* ubi usumfr. cum feudo confert. Est igitur ususfr. jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia, quæ definitio sumpta est ex *l.1.*D.*h.t.* Jus hîc est facultas sive potestas jure cõcessa, sive servitus personæ. Vocatur etiam dominum ususfr. *in l.3.D.si ususfr.pet.* cui opponitur dominium proprietatis *l.17. D. Quib.mod.ususfr. amit.* Hanc servitutem sive hoc jus qui habet, is in jure dicitur usufructuarius sive fructuarius. Alienis rebus ideò additur, quia res sua nemini servit *l.5.*D.*si ususfr.pet.& dixi sup.* Unde is qui alteri in suo fundo usumfr. cedit, dicitur in eum transferre quod ipse non habet *l.63.*D.*de usufr.* Si stipuletur eum sibi dari dicitur in eum transferre id quod non habet sed habere potuit *l.56.§.6.qui proprietatem.*D.*de V.O.* Interpretes tamen vulgò usumfr. causalem vocant eam utilitatem, quam ex re sua dominus, qui plenam habet proprietatem, percipit jure dominij; sicut verum usumfr. de quo solo hîc agimus appellant formalem, sed eos refutat *Coras. lib.5.Misc.c.3.* Tàm autem rerum soli quàm mobilium, Item tùm omnium bonorum, quàm certæ partis, v.g. tertiæ vel dimidiæ, quàm denique unius rei ususfructus esse potest *l.7.in pr.*D.*h.t.l 29.l.34.§.1. universorum bonorum.* D *de usufruct.l.41.*D *d.t.& l.43.l.1.*C.*eod.* Plerumque autem Conjuges sibi invicem omnium bonorum usumfr. relinquere solent, de quo *And. Gail.lib.1.obs.c.143.& seqq.* Sed oportet ut res sit corporalis. Nam rei incorporalis, ut servitutis, usufr. constitui non potest *l.1.*D.*de usufr.leg.* Is autem cuius res est vocatur proprietarius, sive dominus proprietatis, sive dominus nudæ proprietatis *l.15.*D.*h.t.§.ult.inf.h.t.l.72.*D.*eod* Et hic rem etiam, cuius ususfr. est alienus pignori dare potest *l.2.*C.*h.t.*& servum noxæ dedere *l.17.§.pen.*D.*eod.* Res enim transit cum suo onere & causa.

Quod autem interdum etiam fructuarius appellatur dominus & ususfruct. pars dominij, ut *in l.4.*D.*h t.l.76.§.2.dominus.*D.*de legat.2.l.22.in pr.* D. *de aq.& aq.plu.l.8.in pr.*D *de reb aut.jud.poss.* Id accipiendum est respectu quorundam effectuum, quos ususfructuarius cum domino communes habet. Nam revera aliud est dominium sive proprietas, aliud ususfr. Alius est dominus, alius usufructuarius *l.33.§.1.*D *h.t.l.25.de V.S.l.66.§.pen.*D.*de leg.2.l.43.si.*D.*de furt.* Aliter paulò de his Donellus ad *l.56.§ qui proprietatem.* D.*de V.O.* Additur in definitione utẽdi fruendi, aliud est uti quàm frui: ut ex Valla docet *Connan.d.lib.4.c.5.*

Hinc

Hinc aliud est usus, alius fructus *l.14.§.1.* Quid autem & quantum ex re aliena ad fructuarium pertineat, quid ad proprietarium, partim jam sup. exposui ad *tit.1.h.lib.ad* §.*Is verò ad quem.&* §§.*seqq.partim dicam inf.ad tit.Per quas pers.*

Breviter, omnes fructus; omnisq; utilitas, & quicquid ex ea re percipi potest, ad fructuarium pertinet *l.7.in pr.l.9.l.59.*§.1.D.*h.t.* Dicet aliquis, atqui ita inutilis erit proprietas. De eo inf. cum de modis amittendi agemus. Nihil autem interest ipse quis utatur fruatur per se, an per alios *l.12.§.2.& l.38 D.h.t.* Quæritur de alluvione facta ad fundum fructuarium pertinere: *tit.6.lib.3.sent.*§.*accessio.* Quia fructus fundi non sit. *Vlp.ait in d.l.9.§.4.huic vicinus. D.h.t.* Sed Paulus de ipsa alluvione loquitur finito usufr. Ulp. de alluvionis usufr. durante usufr. Inter quæ multum interest. Cum g. fructus omnes fiant fructuarij, æquissimum & secundum naturam est ad eundem etiam impensas & refectionem modicam pertinere. Itaq; sarta tecta habere & præstare debet *l.7.§.quoniam. l.65.* D.*h.t.l.7. C.eod.* Impendia item cibariorum valetudinis causa in servum faciet *l.45.* D.*h.t.* Alia quoque onera tàm ordinaria quàm extraordinaria sustinebit, ut cloacarium, stipendia tributa, vectigalia, functiones, Indictiones temporales, collocationes viarum *l.7.§.2.l.27.si pendentes.§.3.si quid.l.52.usufr.*D.*h.t.l.28. quaro l.32. generali.§.ult.*D.*de usufr.leg.* Hæc enim impendia sunt onus fructuum *l.14.neque stipendium.* D.*de impens.in rem dotal.fact.* Denique in definit. ususfr. dicitur, salva rerum substantia: quibus verbis duo continentur I. officij sui admonetur fructuarius, de modo scilicet utendi fruendi. Non enim debet re àbuti, eamq; perdere & consumere, sed arbitratu boni viri uti & omne id facere, quod bonus paterfam. in sua domo facit, neque debet proprietarij causam deteriorem facere *l.9.§.2.sed si insi.l.13.§.4.l.15.§.1.& 3.seqq.l.17.§.1.l.65.* D.*h.t.* Qua de re exposui sup. ad tit I. Meliorem tamen facere potest *d.l.13.& d.l.17.* Quod tamen ita intelligendum est, ne statum ac faciem rei planè mutet. Nam & sic res fit deterior *argum.l.ult.*D.*de usu & habit.* Sic vice versa neque proprietarius causam fructuarij deteriorem facere potest *d.l.15.§.6.proprietatis.D.h.t.* Sicut neque usuarij *d.l.ult.D.de usu & habit.* II. His verbis indicatur, quibusnam in rebus ususfr. consistat, nimirum in illis, quarum manet salva substantia, etiamsi utaris, sive quæ usu non consumuntur: de quo pluribus *inf.ad §. constituitur h.t.* Affinia sunt usuifructui Antichresis, Feudum, Emphyteusis, Bonæ fidei possessio, Jus mariti in dote, annuus reditus, usus, operæ & Ministeriū servorum, &c. quæ tamen ab eo differunt. Vide Borch. & Hotom.

Ad §. Ususfructus autem.

II. Modi constituendi ususfr. qui cum nudo usu ei communes sunt *l.3. §.ult.D.h.t.* ad duo capita revocari possunt; vel enim testamento relinquitur, vel inter vivos cedi potest *ut hic & l.3.in pr.eum.l.6. D.h.t.* In testamento constituitur per legatum. Quò pertinet *tit.D.de usu & usufr.leg.Paul.lib.3.sent.tit.6.§.usus.* Idque tribus ferè modis accidit, qui hìc in textu videantur. I. Si testator sic dicat: Titius heres meus fundi mei Tusculani usumfr. dato Sempronio. Hic

legatarius erit fructuarius: heres, dominus nudæ proprietatis. II. Si ita dicat: Heres meus Sempronio fundum dare damnas esto, deducto sibi retentoque usufr. Hoc casu heres erit fructuarius: legatarius proprietarius erit. III. Si ita, Titio fundi mei Corneliani usumfr. do lego: Cajo eundem fundum do lego. Hîc Titius legatarius unus erit fructuarius, alter legatarius habebit nudam proprietatem. Erat autem olim differentia inter usumfructum, qui per damnationem esset, & eum qui per vindicationem relictus. Nam ex causa damnationis per heredem præstabatur: per vindicationem vero ipso jure constituebatur teste Paulo d. loco. Hodie vero cum differentia illa legatorum sit sublata, & omnibus legatis una eademque natura sit tributa. §. *Sed olim. vers. nostra autem. inf. de legat.* hoc quoque discrimen sublatum est, & quocunque modo ususfruct. legetur statim ipso jure constituitur, nec expectamus donec ab herede præstetur secus atque in ususf. per contractum constitutum, qua de re *d. ad tit. praced.* Dices autem ususfr. legati cedit ab adita hereditate, non à morte testatoris, si scilicet ususfr. purè sit relictus. Si verò sub conditione vel ex die cum conditio extiterit, vel dies venerit *l. unica. § 2 dies. & §. seq. D. quando dies ususfruct. leg. & c.* Legatis hic quoque comparatur mortis causa donatio *l. 1. §. 2. illud D. usufr. quem cau. arg. §. 1. vers. hæ mortis causa. inf. de donat* Inter vivos ususfr. constituitur, vel contractibus vel donationibus *l. 28. l. 35. ult. C. de donat.* vel denique in judiciis, ut familiæ ercisc. & communi divid. per adjudicationem *l. 6. §. 1. D h. t.* His addendus est & alius modus constituendi usumfr. nimirum Lex sive constitutio, veteribus Jurisconsultis ignotus, de quo est *l. 3. fœminæ. C. de sec. nupt. l. 6. cum oportet. C. de bonis qua liber. in potest.* Sed de eo *inf. ad tit. Per quas personas.* Est denique alius modus Tuitio prætoris *l. 1. D. Quib. mod. ususfr. am. l. 9. §. 1. D. usufruct. quemad. caus.*

Ad §. 2. Constituitur.

Dixi supra in definitione, usumfr. constitui posse omnium rerum tàm mobilium, quàm soli, ut fundi, ædium; item tam universorum bonorum, quàm unius rei. Eius regulæ velut exceptio hîc additur. In rebus iis, quæ usu consumuntur, ut in vino, frumento, oleo, non posse usumfr. constitui. Ratio est duplex, Tum quia earum usus est abusus, ut ait Cic. in Topic. at ususfr. salvam relinquit rei substantiam, tùm quia usufructuarius cavere cogitur de eadem re finito usufr. restituenda *l 1. D. ususfr. quemadmod. cau.* Sed res corrupta restitui non potest. Et hoc est quod ait Imp. Hæ res neque naturali ratione neque civili, &c. SCto tamen utilitatis causa effectum est ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, atque ita harum etiam rerum q. ususfr constitui posset *l. 1. D. de usufr. ear. rer. l. 1. D. de usufr. leg.* Huius SCti etiam mentio fit in *l. 1. C. h. t. & in l. 24. D. de usufr. leg.* Itaque res in hunc modum expeditur, ut proprietas harum rerum in usufructuarium transferatur: (quod in vulgari & proprie dicto usufr. secus est) ipse vero contra satisdet se extincto aliquando usufructu restituturum, non quidem eandem rem quàm accepit (neque enim potest utpote consumptam, sed aliam ejusdem qualitatis vel etiam rebus æstimatis certam pecuniæ quantitatem *l. 2. &*

l. 7. D.

l.7.D.d.t. Sic & in mutuo non eadem res numero redditur, sed alia ejusdem bonitatis & qualitatis. Nam & mutuum in iis rebus tantùm est, quæ in abusu consistunt, ideoque dominium harum rerum in accipientem transferri oportet, ut *inf. explicabitur ad tit. Quib. mod. re contr. obl.* Quod autem Imp. hîc vestes quoque iis rebus annumerat, quæ usu consumuntur & in quibus ususfr. est improprius, ei obstare videtur *l.15.§.4. Etsi vestimentorum. & §. seq. D.h.t.* Sed Respond. Justinianum loqui de vestimentis quorum quotidianus est usus: Sed Jurisconsultus agit de vestimentis, quorum rarior est usus, ut sunt funebres, & Scenicæ. In his proprius potest esse ususfr. in illis improprius. Deinde quòd pecuniam accenset iis rebus distinguenda est pecunia numerata, quæ in quotidiano usu versatur, à numismatis veteribus aureis vel argenteis, quæ asservare, & quibus pro gemmis uti solemus. In his ususfr. proprius constitui potest *l.28. D.h.t.* in illa non item. Huc pertinet, quod Cicero in 1. Paradoxo, commutabilia pecuniæ membra vocat. Ait Imp. Senatum non potuisse facere harum rerum usumfr. Ratio redditur à Cajo in *d.l. 2. D. de usufr. ear. rer.* Quia naturalis ratio autoritate Senatus commutari non potuit. Cur ita? Quia naturale jus & quæ sunt facti non possunt tolli per jus civile *§. ult. sup. de jur. nat. gent. & civ. §. ult. sup. de legit. agn. tut.*

Quæritur, an harum rerum ususfr. non tantùm legatis, sed etiam inter vivos constitui possit? Et dicendum videbatur tantum legatis in testamento, quia SCtum verbo legandi utitur *d.l.1.* Nova autem Jura strictè sunt accipienda, ut legum correctio videtur quantum potest. Et ita sentit *Connan. lib.4.c.4.* Sed aliorum sententia verior videtur, cum Imp. hîc generali verbo Constituendi utatur, nec potest idonea ratio diversitatis monstrari, cur aliud dicendum sit in usufr. inter vivos constituto, & in usufr. qui testamento. Diximus usufructuarium satisdare debere in usufr. earum rerum, quæ usu consumuntur. Sciendum est autem quemlibet alium usufructuarium etiam satisdare debere. *tot. tit. D. usufr. quemadm. cau. l.4. C.h.t. Paul. lib.1. sent. tit.11. in fi. & lib.3. t.6. §. ususfr.* Fit ea satisdatio per fidejussores & duo continet capita: I. de utendo arbitratu boni viri. II. De re restituenda finito quandoque usufr. sed satisdatio in Q. usufr. tantum unum habet caput, de re restituenda. Sunt tamen casus quidam quibus satisdatio hæc fructuario remittitur, de quibus vid. Accurs. *ad d.l.4.* An autem testator eam prohibere possit explicat *Gail. lib.2. obs. c.145.* Summa est, non posse, tùm quia remissio illa invitet ad delinquendum, tùm quia testator non potest efficere, ne leges & jus commune in suo testaméto locum habeant *l.51. D. de leg.1.*

Ad §. Finitur autem & §. fin. Cum autem.

Ususfr. ergo his modis & in talibus rebus constitutus etiam certis modis amittitur atque ad proprietatem redit. Ratio est, quia alioqui nulla esset utilitas nudæ proprietatis semper abscédente usufr. ut Imp. ait ex Cajo *in l.8. D. de usufr. leg.* Sunt igitur ferè sex modi amittendi usumfruct. 1. Mors fructuarij. 2. Capitis diminutio. 3. Non usus. 4. Cessio in jure facta proprietario.

 5. Conso-

5. Consolidatio sive confusio. 6. Interitus & mutatio rei. His addendus est. 7. modus, videlicet Tempus, si ususfr. ad tempus fuerit constitutus. De his modis videatur *tit. Dig. quib. modis ususfr. amitt.* Suntque illi communes utrique servituti ususfr. & usus, initio tit. *inf. de usu & habit. Paul. lib. 3. sent. t. 6.* differentiam facit inter hæc duo, usumfruct. amitti & finiri, talem; ut morte quidem & tempore finiatur, reliquis verò 5. modis amittatur. Sed hæc subtilitas neque Imperatori hic placet, neque aliis Juriconsultis, qui pro eodem accipiunt amitti & finiri. Primum g. morte fructuarij ususfr. finitur *l. 3. §. ult. D. quib. mod. ususfr. am. l. 51. D. h. t. l. 5. D. de ususfr. leg.* Nec ususfr. tantùm, verùm etiam actio personalis de ususfruct. *l. pen. C. h. t.* (neque stipulari neque legare quis potest usumfr. in tempus mortis.)

Ususfr. ergo ad heredem non transit *l. 57. ususfr. D. Sol. matrim. l. 21. de usu. & hab.* Nisi fortè & heredi promissus vel legatus sit *l. 5. repeti. in pr. D. d. t.* R dub. quia heres succedit in universum jus, quod defunctus habuit *l. nihil aliud. D. de V. S. l. hereditas. D. de R. I.* Ergo & in usumf. qui est jus. Ratio I. decid. est, quia ususfr. est jus personale cohærens personæ, *ut ait Vlp. l. 3. §. ult. D. d. t.* Personalia autem cum persona extinguuntur *l. pen. D. de serv. leg. l. privilegia. D. de R. I.* In eo igitur differt ususfr. & usus à servitutibus prædiorum quæ neque morte, neque capitis deminutione pereunt *l. 3. D. Quemad. servit. amit* R. diff. quia illæ non personis, sed prædiis debentur. Est tamen casus, quo ususfr. morte fructuarij non extinguitur, de quo vid. *l. 10. C. h. t.* (In qua observand. verba ista, eique locavi, esse spuria & inducenda, *argum. l. 18. C. de jur. dot.*) Nimirum, si quis usumfr. conduxerit ad aliquot annos, tunc si moriatur ante expletum conductionis tempus jus suum transmittit ad heredem *arg. §. ult. I. de locat.* Dixi Morte fructuarij finiri usumfr. Nam etiamsi dominus proprietatis rebus humanis eximatur, jus utendi fruendi non tollitur *l. 3. §. 1. C. h t.* Quid g. est, si civitati seu Municipio ususfr. sit relictus? Et cum civitas nunquam moriatur, (sicut neque Ecclesia, F. 13.) sed per successionem semper eadem manere intelligatur *l. 76. D. de jud.* ne perpetuo inutilis maneat nuda proprietas, receptum est, ut talis ususfr. 100. annis finiatur *l. 56. D. h. t. l. 8. D. de ususfr. leg.* Ratio est, quia terminus & finis humanæ vitæ longissimus est 100. annorum *dd. ll. Syrach. c. 18. v. 10.* Numerus dierum hominis ut multum 100. annorum est, Seneca *de brevit. vitæ c. 3.* pervenisse te ad ultimum vitæ humanæ videmus, centesimus tibi vel supra premitur annus, & *Lactant. lib. 2 c. 13. B. Cyprianus tract. contr. Demetr. Artemidorus lib. 2. ὀνειροκριτ. c. 75. Coras. lib. 5. miscell. c. 18. Plin. lib. 7. c. 4. Vide etiam Lucian. in Macrobiis.* Secundo ususfr. & actio quoque de eo amittitur capitis diminut. Olim quidem etiam minima, id est, adrogatione vel emancipatione, Paulus dict. loco §. capitis diminutione. Hodiè tantum maxima & media, id est, servitute & deportatione *l. pen. C. h. t.* Secundum quam *l. intelligenda est hodie l. 1. D. quib. mod ususfr. amit. l. 1. & 2. D. de ususfr. leg. & alia ll. de capitis diminutione.* Ratio est, quia Personæ statu mutato, quod fit per capitis diminutionem, etiam jus personale, ut ususfruct. amittitur. Cur autem minima amplius non amittatur, inde est, quia hæc mutatio personæ exigua est, & merè civilis, ideoque

tantum

tantum effectum habere non debet. Si quis.g. arrogandum se det, usufr. transit ad arrogatorem, ut alia quoque jura omnia arrogati, cum illius persona arroganti subijciatur, ut *supr. d. ad tit. de adopt. §. ecce enim infr. de acq. & arrogat.* Quid si quis Monasterium ingrediatur, habens usumfr. Acquiret eum Monasterio, ut & cætera bona sua, *arg. Auth. Ingressi C. de S. senatusconf. Eccles. & Nov. 5.* In civitate loco capitis diminutionis est inductio aratri in ipsam *l. 21. si usufr. D. Quib. mod. usufr.* Tertiò usufr. amittitur non utendo per modum & tempus. Olim autem usufr. rei quidem mobilis amittebatur, si quis non esset usus anno; rei vero immobilis biennio. *Paul. lib. 3. sent. tit. 6. §. non utendo.* Sed Justin. *in l. pen. C. h. t. cuius l. meminit etiam in l. pen. C. de serv. & aq.* In reb. mobilibus annum mutavit in triennium; in rebus soli biennium in decennium, inter præsentes, in vicennium inter absentes. Observandum vero est, non usum emptoris non nocere ei, qui qui usumfr. vendidit *l. 38. in fi. D. h. t.* Sed non usus donatarij nocet donatori *l. 40. D. eod.* R. Diff. est in *l. 39. eod. tit.* Quia scilicet venditor cum utatur fruatur pretio rei, reipsa uti frui videtur, quod de donatore dici non potest. Potest autem usufr. amitti etiam pro parte non utendo *l. 14. l. 25. D. quibus mod. usufr. amitt. l. 5. D. de usufr.* Est enim usufr. dividuus *l. 5. l. 15. l. 19. D. de usu & hab. l. 1. D. ad L. Falcid.* Aliud est in servitutibus rerum quæ sunt individuæ, sicut & usus *l. 12. l. 11. & l. 17. D. de servit.* Ideoque etiam usu partis retinetur tota servitus *l. 8. §. ult. D. quemadmod. serv. amitt.* Sed is demum usufr. amittitur non utendo qui jam constitutus est *l. 1. §. 1. & seqq. D. quemad. usufr. amitt.* At quod nondum cœpit, non potest desinere, ut ait *l. 96. D. de cond. & demonstr.* Quartò amittitur usufr. cessione à fructuario facta ipsi proprietario. Ratio manifesta est, quia potest quisque suum jus remittere. Dixi proprietario facta, Quia extraneo cedendo nihil agit. Non enim usumfr. in eum transfert *l. 66. D. de jure dot* Quæritur hîc, An g. extraneo inutiliter usufr. cessus statim ad proprietarium redeat, eique committatur? Id putant vulgo *ex d. l. 66.* Sed dicend. est, Tum denique usumfr. ad proprietarium reversurum, cum consuetis & legitimis modis finitus fuerit. Sed obstat quod usufr. etiam extraneo potest locari, vendi, donari, in dotem dari, precario concedi *§. 1. in fi. infra tit. prox. l. 12. §. 2. l. 38. l. 67. D. h. t. l. 8. §. 2. D. de peric. & Com. l. 8. D. de reb. autor. Iud. poßid.* potest item à marito in dotalitium concedi uxori vel in totum vel pro parte *c. 6. nuper. extr. de donat in t. vir. & uxor.* & ibi post veteres Canonistas notat Cuiac. Ergo, dicet aliquis, etiam cedi potest extraneo. ℞. Aliud est cedere usumfr. aliud donare, vel vendere, vel alio modo transferre in alium. Cessio fit in jure, cum quis totum jus suum ab se abdicat. Hoc in solo proprietario fieri potest *Paul. d. lib. 3. tit. 6. §. in jure ceßion.* Cur auté extraneo non possit cedi ita ut novus usufr fiat in persona extranea, ratio hæc est, Quia si hoc permitteremus fructuario, nunquam rediret usufr. ad proprietatem, quæ hoc pacto futura esset perpetuò inutilis, *ut supr. d.* Cum autem usufr. venditur vel donatur, vel in dotem datur extraneo: non constituitur novus usufr. sed idem ipse qui fuit in transferente in illum transit, qui cum in persona fructuarij fuerit extinctus legitimis modis, (ut morte, capitis diminutione, non utendo) etiam extranei jus

finitum est, *arg. l. 31. D. de pign. d. C. 6. nuper. ext. de donat. inter vir. & uxor. Obstat l. 9. C de usufr.* Ubi fructuario interdicta esse dicitur alienatio. Non igitur potest usumfr. vendere, donare, in dotem dare &c. R. *d. l. 9. loquitur* de alienatione ipsius rei seu proprietatis: non autem de jure utendi fruendi. Hoc vendi & aliis modis alienari potest *d. l. 8. §. 2. cum usumfr.* D. *de peric. & commod.* Illa non item, utpote quæ sit aliena. Quintò amittitur ususfr. consolidatione, quam Paulus comparationem dominij & proprietatis vocat *d. loco in sentent. & l. 27. si servus* D. *Quibus mod. ususfr. amitt.* Id est, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit. Confunditur enim servitus *d. l. 27. l. 4.* D. *usufructuar. quemadm.* Eodem modo & prædiorum servitutes extinguuntur, *ut supr. d.* ubi & rationem indicavi. Sextò amittitur Mutatione & interitu rei *l. 5. §. 2. & §. ult. l. 10. §. 1. D. Quibus mod. ususfr. amit.* Ratio est, Quia ususfr. est jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est, *ut sup. initio h. tit. in defin. ususfr.* Sed intelligendus est interitus rei, qui sine culpa proprietarij casu fortuito & vi maiore accidit. Adeò autem ususfr. extinguitur interitu rei, ut ne reliquiæ quidem debeantur fructuario, v. g. Caro & corium mortui pecoris, cęmenta ædium dilapsarum vel exustarum *d. l. 5. §. 2. & l. pen D. Quibus mod. ususfr. am.* Ad hunc modum pertinet inundatio perpetua *d. l. 10. §. 2. agri. l. 23. & l. seq. D. d. t.* Temporalis vero, quia fundum non mutat, *ut supr. d. ad tit. 1. h. lib.* usumfr. non extinguit. Postremo extinguitur ususfr. tempore. Si enim ususfr. ad certum tempus, puta triennium, ad tempus pubertatis, ad 18. annos &c. constitutus sit, elapso eo tempore ipso jure ususfr. extinguitur. *Paul. d. loco l. 32. §. 4. Idem quæsivit l. 35. & 37. D. de ususfr. leg.* His igitur modis ususfr. amittitur, non autem dominij mutatione *l. 19. D. Quib. modis ususfr. am.* v. g. noxæ deditione usucapione &c. *l. 17. locum. §. pen.* D. *de usufr.* Captivitate vero hostium extinguitur quidem, sed propter jus postliminij restituitur *l. 26. si ager.* D. *d. t.* Et extinctus ususfr. redit. ad dominum proprietatis, ut *hic in fi. tit.* qui jam solidam & plenam proprietatẽ habere incipit. Excipitur is casus, quo duobus vel plurib. conjunctim legatus est ususfr. Tunc enim in unius persona extinctus, non redit ad proprietarium sed accrescit reliquis collegatariis *Quò pertinet tit.* D. *de usufr. accrescendo.*

AD TIT. V. DE USU ET HABITATIONE.

SUb hoc *tit.* Cui respondet *tit. Dig. de usu & habit. & pars tit. C. de usufr. & habit.* exponnntur reliquæ servitutes personales. Usus definiri potest jus alienis rebus utendi tantum ad necessitatem propriam non etiam ad compendium. Hoc jus qui habet passim in jure dicitur usuarius. Porrò usus in quibusdam convenit cum usufr. in quibusdam differt. Convenit in modis tam cõstituendi quàm amittendi, *ut hic in pr. l. 3. §. ult. D. de usufr. l. 1.* D. *h. t.* 2. usus quoque est earum rerũ, quæ utendo nõ consumuntur. Præterea usuarius etiã dicitur uti re, ut bonus paterfam. *l. 15. in fi. l. 22. §. ult.* D. *h. t.* Denique usuarii causam æquè non potest facere deteriorem proprietarius, atque fructuarii *l. ult.* D. *h. t.* Sed differunt 1. in eo, quòd usus est angustior quàm ususfr. & minus conceditur

juris

juris usuario quàm fructuario, ut ex subiectis exemplis apparebit, v. g. In usu fundi, ædium, jumentorum, pecoris. 2. Fructus in se continet usum. Itaque qui usumfructum habet, vel quod idem est, fructum, usum quoque habet: sed non contrà *l.* 14. §.1. D. *h.t.* Interdum tamen fructus etiam est sine usu *d.l.*14. §. *pen. & ult.* Quod quando fiat explicat *Cuiac. lib. 8. obs. c.9. & lib.13.c.10. & ex eo Io. Borcholt. ad tit. praeced.* Contrà vero etiam usus aliquando in se fructum continet, ut si cui legatus sit usus silvæ licere ei cædere arbores & vendere ligna *l. pen. in pr.* D. *h t.* 3. præterea usus pro parte constitui non potest *l.* 19. D. *h.t.* ususfructus potest *l.* 5. *D. de usufr.* usus inquam est individuus, ususfr. est dividuus *l.* 1. §. *si ususfr.* 9. D. *ad l. Falcid.* Ratio diff. est, Quia ususfr. est jus & consistit in perceptione fructuum: usus vero est facti potius. Ea vero quæ sunt Juris, divisionem recipiunt, intellige divisionem Civilem seu juris Civilis, non physicam partitionem, quæ est corporum. Quæ sunt facti, sunt individua *l.* 2. & 4. D. *de V. O.* 4. ususfr. alteri concedi potest, ut *supr. d. ad tit. praeced.* Potest enim aliquis etiam per alterum uti frui, sed usus in alterum transferri non potest *l.*10. *in pr. l.* 11. *D. h. t.* Ratio differentiæ est, Quia ususfr. alteri concessus, non est novus, sed idem qui fuit penes concedentem, sed usus esset novus & planè alius in persona extranei, quia alia est aliorum necessitas. Solius autem utentis necessitas in usu spectatur. Plures differentias annotat hîc Mynsing. quib. aliquid lucis adferent quæ scribit B. Augustinus *lib.11. de civit. Dei c.25.* Nec ignoro (inquit) quod propriè fructus fruentis, usus verò utentis sit: atque hoc interesse videatur, quod ea re frui dicimur, quæ nos non ad aliud referenda per se ipsam delectat: uti verò ea re, quam propter aliud quærimus. Unde temporalibus magis utendum est quam fruendum, ut frui mereamur æternis: non sicut perversi, qui frui volunt nummo; uti autem Deo: quoniam non nummum propter Deum impendunt, sed Deum propter nummum colunt. Veruntamen eo loquendi modo, quem plus obtinuit consuetudo, & fructibus utimur, & usibus fruimur. Nam & fructus iam propriè dicuntur agrorum, quibus utique omnes temporaliter utimur, &c.

Ad vers. Nam is qui fundi.

I. Exemplum, quo declaratur, quantum ab usufr. distet usus, est in fundo. Fundi usus hoc habet, ut usuarius in eo morari possit & inhabitare, adeoque & dominum prohibere posse accedere, ejusque familiam urbanam, nisi forte agri colendi causa aut fructuum colligendorum venerint. Rusticam familiam prohibere non potest *l.* 10. §. *ult. & 2. ll. seqq. l.*15. D. *h.t.* Præterea licet usuario fructibus in fundo natis aut oleribus floribus fœno, stramentis, lignis ad usum quotidianum & necessitatem uti suam, *ut hîc & l.*12. §. 1. *D. eod.* An & foliis & oleo & frugibus & frumento? De eo dissensio fuit inter Jurisconsultos aliis putantibus tantùm in fundo iis uti posse, aliis vero in locis, ut in oppido, non item: aliis diversum existimantibus, quorum sententia prævaluit *d.l.*12. §.1. D. *h t. ubi & ratio redditur.*

Ad

Ad §. *Item is qui ædium.*

II. Exemplum est in usu ædium, qui in sola habitatione consistit. Usuarius igitur eas inhabitare potest ita quidem, ut etiam prohibere possit proprietarium, quantumvis ampla & spatiosa sit domus, qua ipse non utatur *l. 22.§.1. & 5.ll.seqq. D.h.t.* Neque ipse solùm habitare potest, sed alios etiam ad se recipere, ut familiam, conjugem, liberos, parentes, socrum, nurum, libertos, hospitem inquilinum *l. 2. §.1.& 5. ll. seqq. D. h t.* Sed requiritur, si alios recipere vult, ut ipse quoque ædes inhabitet. Nam seorsim locare aut conducere habitationem non potest *l. 8.* D. *h. t.* In quo differt ab usufructuario. R. Diff. est *sup.* indicata. Cur coniunx conjugem recipere possit, ratio est, Quia alioquin nisi hoc ipsis concedamus, aut matrimonio ipsis carendum esset dum uti vellet domo: aut ædib. si conjugem sequeretur *l.4.*D *h.t.* Ubi & ratio redditur, cur inquilinos & alios recipere possit in verbis, Quid enim si tàm spatiosæ domus &c.q.d. prodest ea res usuario & non nocet proprietario. Prodesse autem sibi unusquisque dum alij non nocet, non prohibetur, ut ait *Vlp. l.1.§.11. D. de aqu.& aq. plu. arc. Cic. 1. de offic.* Porrò quid differat usus ædium ab habitatione dicetur *infr. ad §. pen. h. t.*

Ad §. *Item is ad quem.*

III. Exemplum est in usu servi, qui consistit in operis vel in ministerio ejus, id est, ut vel opus nobis faciat, vel negotium aliquod gerat, v.g. negotietur emendis vendendisq; mercibus stipuletur & acquirat *l 12.§. ult.l.14.in princ. l.21.*D.*h.t.* Huc pertinet *tit. D. de oper. serv.* Solus autem usuarius servi operis uti ad suum ministerium potest, alteri vero eas locare aut concedere non potest *d. l. 12.& 14.* Locatio enim & merces magis ad fructum pertinent quàm ad usum. Cui obstare videtur *l.2.*D *de usufr.leg.* Dices, An ergo idem sunt ususfr. servi & operæ ejus? Imò verò differunt in multis, ut Ecce ususfr. & morte, & capitis diminutione & non utendo amittitur, ut *supr. d. tit. præced.* operæ non item *l. 2. D. oper. serv. l. 10. in pr.*D.*h.t.l.2.D.de usufr. legato.* De non usu ratio est, *in l. 1.* D. *de oper. serv.* Ideoque operæ ad hæredes transmitti possunt II. Usufr. non extinguitur si alius usuceperit proprietatem *l.17.§.pen. D. de usufr. l.44.§.5.non mutat.* D. *de usucap.* Ratio est, quia dominij mutatione ususfr. non amittitur *l.19.* D. *Quib. mod.ususfr. am.* Sed operæ usucapto servo pereunt *d. l. 2.* D. *de usufr. leg.* III. In usufr. refectio rei pertinet ad fructuariū, ut dixi *tit. præced. ad def. ususfr.* Sed in usu refectio est communis usuario cum proprietario, quæ tamen res exceptionem habet, de qua videatur *l. 18. D. h. t.* IV. Operæ cedunt ex die, quo petite sunt *l.1.*D.*de oper.serv.l.7.*D. *de usufr. leg.* Ususfr. autem cedit à die aditæ hæreditatis, ut *supr. d.* V. Operæ sunt individuæ, in quo usui sunt similes: ususfr. vero est dividuus *l. 1.§.9.si usufr.* D. *ad L. Falcid.* Interdum tamen operæ comparantur cum usufr. ut *l. 3. & 4. D. de oper. serv. Quibus non obstat l.5. eod.* Quia ibi usumfructum legend. est pro usu, ut docet *A. Gorean. lib. 1. Var.lect.c.7.*

Ad

Ad vers. Idem scilicet.

Jumenta cum servis comparantur, ut & alias solent. *l.2. D. ad l. Aquil. Arist. 2 Polit.* Ergo qui jumentorum, v. g. equitij usum habet, ipse quidem opera eorum & ministrio utatur per se, sed aliis non locabit. *l.12.§.4. equitis* D. *b. t.*

Ad §. Sed & si.

Idem ait *l. 12. §. 2. D. h. t.* Ubi tamen exceptio additur, Modico lacte uti posse usuarium. obseruanda hîc est regula, Nihil eorum ad usuarium pertinere, quæ in fructu sunt. Quæ autem in fructu sint, quæ non sint, dictum est supra *ad §. in pecudum t. de Rerum divis.*

Ad §. Sed sicui.

Sicut operæ servi separantur tàm ab usufr. quàm ab usu. *l.1.§.D. ad l. Falcid.* ita habitatio proprium quoddam jus ab utroque genere cõstituit. *l.13. C. de usufr. & habit.* Effectu tamen idem pene est legatum, usus, & habitationis legatum. *l.10. in pr. D. h. t.* Sed Plenius est jus habitationis quàm usus in eo, quòd habitatio etiam aliis locari & concedi potest. *d. l. 13.* Cujus ment. hîc facit Imp. usus non item. Donari tamen ne habitatio quidem potest, in quo sui similis est, neque ad heredem transmitti *d. l. 10.* quod eum utroque & usufr. & usu illi commune est. Cap. quoque diminutione non perit. *l. pen. D. de capit. min.* In quo usui similis est usufr. dissimilis. Ratio est, Quia tale legatum in facto potius quàm in jure consistit. *d l. pen.* Q. d. Ea, quæ sunt facti non perimuntur capitis diminut. quæ est civitatis, neque etiam non utendo, in quo usui similis est. Quomodo autem habitatio ab usu differat prolixè docet Hotom *lib.3. obs. c.13.* Sed observand. hîc postremò, non semper quoties in jure fit mentio habitationis, intelligi debere servitutem hanc, in quo quidam lapsi sunt. Denique pro aliquo modo hîc initio §. legendum videtur, alio quo modo. vel etiã simpliciter, alio modo. nam theoph. versl. tit: ἢ καὶ ἑτέρῳ τρόπῳ.

Ad §. Ult.

Hic §. continet admonitionem de R. O. Cur servitutes prædiorum usumfr. & usum & habitat. de quib. jam. d. non statim sequantur etiam cæteræ res incorporales supra tit. 2. enumeratæ, nimirum hereditas & obligatio. Ratio hæc est, Quia cum illæ. 2. tractatum requirant prolixiorem, commodius visum est, eis præmittere modos acquirendi ex jure Civili: ne illi à modis naturalibus seu Juris gentium nimis longo intervallo dirimerentur. 2. Quia hæreditas dupliciter consideratur, & ut res est corporalis, & ut modus est acquirendi & quidem per universitatem, voluit Imp. prius absolvere modos acquirendi res singulas, utpote faciliores. Cur autem non statim de legatis & fidei commissis agatur, qui etiam sunt modi, quib. res singulæ acquiruntur, ratio redditur *in §. ult. inf. Per quas personas*. Sed de eo jam satis dictum est initio hujus libri.

AD TIT. VI. DE USUCAPIONIBUS & longi temporis possessionibus. vel ut alij legunt præscriptionibus.

IN titulo parum interesse arbitror, utrum legas, possessionib. ut vult Cuiacius, an Præscriptionibus, ut vulgò. Nam & Paulus *libro 5. sentent. tit. 2. & tit. 5.* longi temporis præscriptionem & longam præscriptionem dixit. Quid quod idem Paulus & Papinianus etiam præscriptionem longæ possessionis dicunt *l. 76. dolia. §. ult. D. de contrah. empt. l. 45. præscriptio. D. h. t.* Sic longi temporis præscriptio dicitur *in l. 21. ei à quo. D. h. t. & l. 54. qui alienam. in pr. D. de evict. & §. ex his itaque infr. Per quas personas cuique acquir. & alibi.* Ad rem quod attinet, incipit hîc Imp. agere de modis acquirendi civilibus, & prius quidem singularibus, quos tres adfert: Usucapionem, Donationem, & inferius legatum. Erant olim & plures, ut mancipatio, adjudicatio, teste *Ulp. lib. Regul. tit. 19.* ut emptio sub corona, *Gell. lib. 7. c. 4.* ut jus accrescendi in servo communi manumisso ab uno ex dominis altero invito §. *est & alius infra D. donat.* ut sors. *Cic. 1. De offic.* ut emptio sub hasta vel ex auctione & sectione: ut servitus liberæ mulieris, quæ se alieno servo junxisset: infra De successión. sublatis. Sed hi in desuetudinem hodie abierunt. Etsi enim & sorte & adjudicatione utimur hodieque in divisionibus. *l. 5. D. fam. ercisc. §. ult. inf. De offic. iudic. 25.* tamen hæ non tàm acquisitiones sunt dominij, quàm declarationes. Primùm igitur de usucapione videamus: quæ definitur adiectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti; *l. 3. D. de usurp. & usucap. Isidor. lib. 2. Etymol c. 25.* qui pro adiectio habet adeptio, ut & Ulp *tit. 19.* De verbo videatur Gellius *lib. 7. c. 19.* ubi docet, cur non ususcapio dicatur, ut pignoris capio, sed usu capio, quia sci. usu id est possessione capitur sive acquiritur res. Quæritur, An & quomodo usucapio à longi tẽporis possessione seu præscriptione differat? Resp. hodie nullũ ferè esse inter ea discrimen, quo ad vim & effectum, sed tantum soni & vocabuli. Nam Justinianus longæ possessionis verbo ferè in rebus immobilib. utitur, usucapionis verbum tantum in mobilib. secus quàm veteres JCti, qui usucapionis verbo promiscuè tàm de his quàm de illis utebantur. Illud tamen non negligendum, usucapionẽ esse antiquiorem, nimirum per legem 12. tabularum introductam, & deinde per legem Attiniam. Et hoc est quod ait Imp. initio tit. Jure civili constitutum fuerat. Jus enim civile hîc strictè accipitur pro legib. XII. tab. ut supra docui *lib. 1. tit. 2.* De hac lege videatur *Cic. in Topic. pro Cæcinna. lib. 2. De legib. 1. De offic. Gell. lib. 17. c. 7.* possessio verò longi temporis vel præsciptio posterius demum introducta est constitutionibus Imperatorum *l. 76. dolia. D. de contrah. empt §. furtivæ. inf. h. t. in verb. principalib. constitutionib.* prospicitur, &c.

Deinde

Deinde usucapio verum dominium tribuebat; At possessio longi temporis tantum exceptionem pariebat: Unde & nomen habet ut præscriptio dicatur. Exceptio enim græcis est παραγραφὴ, id est præscriptio. Et Imperator ipse longi temporis exceptionem vocat *l.11.super.* C.D. *præscrip. long. temp.* præterea usucapio tantùm habebat locum in Italia; præscriptio potissimum in reb. provincialibus. In Italicis tamen etiam utilis erat. *l. 2. C. Quib. non objicitur longi temp. præscr.* Denique usuçapio anno aut biennio; longi temporis possessio 10. aut 20. annis perficiebatur: cum illa in reb. mobilib. ista in rebus soli consisteret, propter quas potissimum introducta fuit. *l.2.*C.*In.quib. caus.ceß. long. temp. præscr.* Quamvis & in immobilib. locum habere potuit. *arg.d.3 & l.9.D.de divers. temp. præscript.*

Ad tria autem ferè capita hic titulus revocari potest: I. Quæ sint ad usucapionem sive longi temporis possessionem necessaria. Vulgò Requisita usucapionis vocant. II. De accessione possessionis, in §.diutina, & §§ seqq. III. De jure eorum qui à fisco rem alienam acceperunt. De his eodem quo proposui ordine dicam: ubi prius causas exposuero, quare usucapio introducta sit. Una redditur ab Imp. his verbis: Ne rerum dominia in incerto essent, id est ut aliquis sit finis litium, quas ferè controversiæ de proprietate rerum parere solent, ut & Plato & Seneca dicebant. *l. ult. D. Pro suo.* Itaque usucapio bono publico introducta esse dicitur à Gajo *in l.1.D.h.t.* Videatur & Cicero pro Cæcinna. Publicè enim utile est, ut & dominiorum distinctio (qub ex jure gentium est *l.5.*D. de justi: & jur.) certa sit, & cives inter se concordes atque amici, & quàm minimum litigent. *arg. tit. inf. De pœn. tem litig* Hoc quoque publicè expedit Reip. ut habeat cives non socordes & rerum suarum negligentes, sed vigilantes & attentos. *arg. l.24. pupillus, in fi* D. *Quæ in fraud. cred. l 4. D. Quod vi aut clam.* (Ne melioris conditionis sint stulti quàm periti) *l.16. D. Ex quib. caus. mai.* Et punienda est negligentia ac socordia eorum, qui res suas tanto tempore non requisierint: Quod diligentis patrisfamilias esse scribunt *Aristoteles Oeconomicis, Cato, Varo & Columella de Re rustica.* Huc accedit, quod qui patitur rem suam ab alio usucapi, ipse eam alienare & rem quasi pro derelicto habere videtur. *l. 28. alienationis. D. de Verb. sign.*

Ad usucapionem porrò necessaria sunt quinque: Possessio, eaque continua: Bona fides: Titulus sive causa possessionis justa & vera: Tempus legitimum seu lege definitum: Res non vitiosa, neque prohibita usucapi. Primum usucapionis velut basis & fundamentum est possessio, sine qua usucapio non contingit. *l. 25. fine. D. h. t. c. fine. De reg. jur. in. 6* Nam ex possessione primò ortum est dominium *l.1.D. de adquir. poß.* Cum autem multa sint possessionis commoda, *§. retinendæ inf. De interdict. de quib. partim. dixi sup. ad §. si quis à non domino, partim agam inf. ad d. §. retinendæ.* inter alia hoc quoque non est minimum in conditione usucapionis positum, si quis rem possessam nactus sit à non domino.

Possessio autem quid & quotuplex sit, quomodo adquiratur, retineatur & amittatur, non est hujus loci explicare. Videatur tit. D. & Cod. De adq. vel amitt. poss. Non autem satis est ad usucapionem possidere; sed & continua possessione opus est sive continuatione possessionis, ut est in definitione usucapionis. Continuæ possessioni opponitur interrupta: Quæ interruptio dicitur à JCtis usurpatio. *l.2.D.h.t.* Modos autem interrumpendi, qui certi esse dicuntur in *l. ult.* C. *de duob. reis*, explicat Cujac. ad African. *tract.7.in fi.* Sunt autem partim naturales, partim civiles. Vide & *l.5.* D.*h.t.* An autem & quando unius possessio accedat & prosit alteri, dicetur *inf. ad §. diutina. h.t.*

Secundò, Ad usucapionem necessaria est bona fides. Quis autem dicatur bonæ, quis malæ fidei possessor, exposui *supra ad §. si quis à non domino de rerum divis.* Quod huic quoque loco satis esse potest, indeque repeti debet. Mala igitur fides impedit usucapionem, id est, si quis sciat rem esse alienam, aut eum à quo accepit, non habuisse jus alienandi. *l.7.C.pro empto.l.1.§.1.* D. *eod.* Hinc creditor nunquam usucapit pignus: nec fructuarius rem cujus usumfructum habet, nec emphyteuta fundum vectigalium, &c. *l.13. pignori. l.in pr. l.16. servi. l.33. non solum. §.4. qui pignori. D.h.t. l.8. neque.* C. *de usufr. l.12. cum sponsus. §. is cui. D. de publicia: in rem act. cui non obstat. l.15. si finita. §.13. si de vectigalib. D. de dam. inf.* Loquitur enim de usucapione fundi vectigalis in persona extranei; non ipsius emphyteutæ, ut *d.l.12.* An autem & quando mala fides auctoris noceat successori, dicam *inf. ad §. diutina.* Videatur de eo *l.11. vitia.* C. *de adq. poss.* Duobus autem temporibus requiritur bona fides in emptione: contractus videlicet & traditionis: In aliis verò causis satis est si tempore traditionis assit. *l.pen. D. h. t. l.2.* D. *pro empt.* Rationem huius differentiæ reddit *Duaren. ad tit.* D. *de usucap.* Vide tamen *l.10. in pr.* D.*h.t.* Mala verò fides postea superveniens usucapionem rectè cœptam non impedit: Quia mala aut bona fides est facti, usucapio est juris.

Hoc tamen jure Pontificio mutatum est. *cap.5. & c.ult. extr. de præscript.* Vide & Dyn. *ad c. possess. de R.I. in 6.*

Tertiò necessaria est justa causa sive titulus possidendi. Tales sunt, emptio, permutatio, donatio, dos, legatum, hæreditas, transactio, litis æstimatio, datio in solutum, pro derelicto, &c. Et communis omnium, pro suo. *l.3. §. 21. genera. D. de adq. poss. l.1.2.3.4. & 7.* D. *de public. in rem act.* Huc pertinent *VII. tituli lib.41. Dig. & aliquot in lib. 7. Cod.* Ex horum titulorum sive causarum aliqua quam quis nactus est possessionem, ea justa dicitur. Aliàs injusta est, quæ videlicet vel vi vel clam vel precario est adquisita, quæ ad usucapionem nihil prodest. *l.4. C. de præsc. longi temp.* Talis est etiam possessio rei contra leges alienatæ: ut quod conjunx conjugi donavit. Id enim pro possessore, id est, mala fide possidetur. *l.16. quod uxor. D. de adq. poss.* Oportet autem verum subesse titulum, non opinatum. *§. error. inf. h.t. l.27. Celsus. & l.pen. D.h.t.* V. G. Si quis rem quasi emptam vel sibi donatam, &c. possideat, quæ revera vendita vel donata &c. non fuerat: non usucapiet eam, ut maximè cætera omnia concurrant,

rant, id est, etiamsi & possideat, & bona fide possideat, & justo ac legitimo tempore. Probabilis tamen error possidentis, ut facti alieni, usucapioni non obstat *l.11. quod vulgò. D. h. t. l. ult. §. 1. D. pro suo.* Sed error juris usucapionem impedit. *l.31. nunquam in pr. & l.32. si fur rem. §. 1. D. h. t.* Ad præscriptionem tamen longissimi temporis, id est 30. annorum, non est necessarius titulus, ut neque bona fides.

Quartò tempus legitimum requiritur, & quidem continuum, non verò utile, ex quo eximantur dies quibus agi non potest. Hoc olim quidem in rebus mobilibus ubique erat annus; in immobilibus biennium, & tantùm in Italia. Nam provincialia prædia tum non usucapiebantur, quia eorum dominium erat populi Rom. *ut supra docui ad tit. 1. hujus lib.* Hodie tempora usucapionum mutata sunt & longius producta, ne nimis citò domini suis rebus defraudentur: differentia quoque locorum sublata. Res igitur mobiles hodie usucapiuntur triennio; immobiles decennio inter præsentes, vicennio inter absentes (hoc enim in iure longum tempus dici solet) sive in Italia sint, sive in provinciis. *l. unic. C. de usucap. transform.* Ratio differentiæ, cur absentibus concedatur tempus longius quàm præsentibus, manifesta est. Hi namque rebus suis adesse, easque à possessoribus revocare possunt citius; Illi non item. Imò etiamsi contra absentem impleta sit usucapio, tamen datur ei restitutio in integrum ex causa absentiæ, qua usucapio rescinditur. *l.1. & l.4. in pr. l.29. videlicet. l.33. inter. in fin. D. Ex quib. caus. mai. de quo infra ad tit. de actionib. §. rursus.*

Nemini enim officium suum damnosum esse debet. *l.7. D. testam. quemadm. aper.* præsertim quo quis Reip. profuit.

Cæterùm cur hoc ius de mutatis usucapionum temporibus sibi adscribat Justinianus, non satis assequor, cum & Paulo id notum fuerit *d. lib. 5. sentent. tit. 2. & 5.* Nisi fortè dicendum sit ab Aniano ibi interpolatum esse Paulum.

Tempus autem quomodo in usucapione computandum sit, docet *l. 6. & 7. D. h. t.* nimirum non à momento ad momentum, sed ita ut totus dies postremus computetur.

Quintò & ultimò ad usucapionem requiritur, ut res sit in commercio, & non sit prohibita usucapi, neque vitiosa. Primum igitur si res sit extra commercium, ut res sacra, religiosa, sancta, publica populi Rom. vel civitatium, liber homo usucapi non potest, *§. sed aliquando. infra h. t. l. 9. & l. 45. præscript. D. eod.* Ratio est, quia usucapione adquiritur dominium. At harum rerum dominium non potest esse singulorum. *sup. tit. 1.*

Deinde usucapi non possunt res furtivæ, & vi possessæ. Illarum usucapionem prohibuit lex XII. Tabularum & Attinia: Harum lex Julia & Plautia: ut hîc *§. furtivæ i. 4. §. 6. quod autem. l. 33. non solùm. in pr. & §. 2. si dominus. D. h. t. Gell. lib. 17. c. 7.* Furtum & vis sunt vitia rei: ut mala fides personæ. Utraque impedimento sunt usucapioni. Ratio, cur hæ res non possint usucapi, est, ut

delicta, furtum & vis sive rapina & violenta invasio rerum alienarum coërceantur, neque ex suo maleficio quisquam lucretur. Cum autem dicimus, harum rerum prohibitam esse usucapionem, non de ipso fure & invasore hoc intelligi volumus, sed de aliis possessoribus, qui bona fide & ex iusta causa rem ab illis acceperunt. His nihil prodest neque bona fides neque iustus titulus, quia lex impedimento est. *l.24.ubi lex.D.h.t.l.7.C. De usucap. pro. empt.* Et hoc est quod ait *l.136.* D. *de Reg. jur.* Bona fides tantundem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Ipse autem fur & invasor alia ratione usucapere prohibentur, propter malam scilicet fidem: *ut hic Imp. ait.* Potest igitur dominus rem suam furtivam vel vi possessam à quovis etiam bonæ fidei possessore vindicare quamvis non refuso ipsi pretio. *l.2.C. de furtis.* Durum hoc est, inquies, iis, qui bona fide emerunt à furibus &c. Sed ita lex scripta est, quæ hoc modo prospexit dominis rerum, ut sine suo facto rem suam non amitterent *l.11. D. de R. I.* Ideoque cautius quisque negotiari curabit ut Impp. aiunt. An autem judices & latrunculatores rem apud furem deprehensam possint sibi vindicare, cum de eius vero domino constat, vide Jodoc. Damhoud. Huc pertinet servus fugitivus. Nam is sui ipsius furtum facit. *l. 1. C. de servis fugitivis.*

Quæritur de partu ancillæ furtivæ, an is usucapi possit? Distinguendum est, An apud bonæ fidei possessorem conceptus sit & editus, ut tum usucapiatur, aliàs non item. *l.10.si aliena.§.2.Scævola.l.33 non solùm. in pr.l.44. justo.§.2. et si.D. h.t.* Excipitur hæres, qui non usucapit. *l.4.§.15. hæres. D.eod.* Ratio intelligetur ex iis quæ inf. dicam ad § diutina. Quod autem de partu ancillæ furtivæ diximus, idem & in fœtu pecorum juris est.

Porrò vix est ut res mobiles furti vitio careant, ideòque difficilius etiam & rarius usucapiuntur: Quod tamen aliquando fieri posse & hic docet Imp. & JC declarat *in l.36.potest.cum 2. ll.seqq.* D. *h.t.* In reb. verò immobilibus facilius procedere usucapionem. Quæ per se satis sunt manifesta, nec declaratione indigent. Quod autem ait Imp. furtum sine affectu furandi non committi: Item rerum immobilium, ut fundi locive, furtum non fieri: explicabitur *inf. ad. tit. 1.lib.4.§.placuit.* Videatur *Gell. lib.11.c.*18. ubi docet, Sabinianos ita existimasse: Quorum sententiam Imp. *hic & Gajus in d. l. 38* D. *h t. improbat.* Tantùm differentia hìc notanda est insignis inter alienam rem mobilem & immobilem: quod qui illam vendit & tradit sciens esse alienam, furtum eius facit. Est enim furtum contrectatio rei alienæ invito domino. *§. 1. inf. d.t.* Sed rem immobilem ut fundum, occupans sive vi, neque furtum neque vim committit, etiamsi alienum esse sciat, id est etamsi sit in mala fide. Ideoque in alterius persona, qui bona fide accipit, usucapio procedet, cum res vitio omni careat. *d. l. 38. quam rem. D.h.t.* Videatur *& l.4. §. 22. si tu me vi. & l. 33. non solum. §. 2. si. dominus. D. eod.*

Exceptio

Exceptio addita fuit in *dd.ll.* Rem fu tivam & vi possessam ita demum posse usucapi, si in potestatem domini redierit. Tunc enim vitium purgatur & aboletur. ut hîc §.*aliqu.indo.d. l.4.§.6.quod autem.D.h.t.l.ult.*D. *vi bon. rapt.*&c.

Quando autem res intelligatur rediisse in potestatem domini, explicatur in *d.l.4.§ 6. & aliquot §§. seqq.l.7.§.pen.* D. *pro emptore. l.215. potestatis.in fi. D.verb. sign.* Præterea usucapi non possunt res fisci. §.*res fisci.infra h.t.l.18. quamvis.& 24. ubi lex in fin.*D.*eod.* Sed potest fiscus in fraudem suam quoquo modo alienata revocare. *l.45.in fraudem.in pr.D.de jur.fisci.* Ratio, Quia hæ quoque res sunt quasi publicæ, utpote quæ ratione imperij ad principem pervenerunt. Excipiuntur bona vacantia sive caduca & fisco commissa, quas emit aliquis antequàm fisco nunciarentur. *ut hic & d.l.*18. Quæ res ut intelligatur, sciendum est, Bona vacantia dici ea, quæ non habent hæredem. Ea ad fiscum pertinent ex lege Julia caducaria. *l. 96. quidam.* § 1. D. *de leg. 1. Vlp.tit.*17. *lib. Reg.* Et nunciabantur procuratori fisci à delatoribus certis, qui præmij loco partem aliquam eorum bonorum accipiebant, Quartam plerumque: unde & quadruplatores dicti. Ea nunciatio quadriennio finiebatur. *l. 1. §. 2. divus.*D. *de jur. fisci.* Videatur de Delatoribus hisce Paulus *l.44. delator. D.d.t. & lib.5. sentent.tit 13.*

Sæpè etiam se ipsum quis deferebat, qui incapax erat bonorum sibi relictorum: & is præmij loco partem retinebat.*l.13.edicto.D.Trajani.D.de jur.fisc.* Vide Cujac. *lib 19.obs c.3.* Ratio exceptionis est, Quia bona nondum nunciata non sunt fisci, sed adhuc in commercio. Adhæc usucapi non possunt donata in provincia proconsuli, vel proprætori, vel præsidi contra legem Juliam repetundarum.*l.8.quod contra.D.Ad L.Iul.repet. l. 48. bonæ fidei. in pr. D. de acq. rerum dom.* Nisi hæ quoque res in potestatem donatoris reversæ fuerint *d.l.8.*

Denique res pupilli immobiles usucapi non possunt, ac ne quidem longissimo tempore acquiri. *l.3. C.de præscript.* 30. vel 40. ann. Mobiles verò usucapi possunt. Et ita conciliandæ videntur. *l.4.§.11.si pupilli.D.h.t.l.7. qui fundum.§.3 si tutor.D.pro empt.cum d.l.48.& l.2.§.8.tutor.& §.15.si à pupillo. eod. tit.de usurpat.& usuc.* Vide Cujac. *lib. 24. obs. c.14.* Sunt & aliæ res, quæ usucapi non possunt, ut fundus totalis, &c. de quibus aliàs. De Servitutibus autem an usucapi possint, dixi supra.

Illa autem differentia, quæ olim erat inter res mancipi & nec mancipi, inter prædia Italica & provincialia hodie sublata est: *ut hic initio tit.& d.l.unic. C. de usucap. transform.* ubi vide Paratitla Cujacij.

Ad §. Diutina.

Agitur hîc de accessione possessionis, id est, Quando & cui successori prosit & accedat possessio ab antecessore sive auctore cœpta: Qua de re multis in locis tractatur: ut *l.14. de accessionib.D.de divers. temp.præscr. & accessionib. possess.l.14 & l.seq.l.43.hæres. D.h.t.l.13. Pomponius. D.de acq. poss.l.30. cum miles. D.Ex quib.caus.mai.*

Tria

Tria autem hîc initio præmunienda sunt: I. Successorem alium esse universalem, qui & juris successor dici solet: ut est hæres: bonorum possessor, is cui ex fideicommisso restituta est hæreditas. *l. 6. non solum.* D. *de in integ. restit.* alium esse singularem, qui est successor rei seu corporis. *l. quædam.* §. *is autem.* D. *de edendo. l. 95.* D. *de except. l. 15.* C. *de donat.* §. *Legatariis. Inst. de testam. ordin.* Et hic rursum vel est ex causa lucrativa, vel ex non lucrativa seu onerosa. Tales sunt, emptor, legatarius, fideicommissarius, donatarius.

II. Quamvis dominium à defuncto in hæredem ipso jure transeat, tamen possessionem in eum, ne quidem si suus sit hæres, non continuari: sed aliam esse defuncti, aliam hæredis possessionem *l. 23. cum hæredes.* D. *de acq. poss.* Ratio diversitatis est, Quia dominium est juris; possessio plurimum facti habet. Ea verò quæ sunt juris, ipso jure acquiruntur hæredibus. Quæ facti, ea apprehensionem requirunt.

III. Ad usucapionem requiri possessionem continuam & non interruptam, ut supra dixi. Jam regula traditur. Possessio quæ prodesse cœperat defuncto, vel venditori, vel donatori, accedit etiam & prodest successori, ut hæredi, emptori, donatario, legatario: Et tempora conjunguntur & continuantur tàm in usucapionibus quàm in longi temporis possessionibus. Hujus regulæ quatuor sunt partes: quæ ita evolui debent. I. Possessio à defuncto cœpta prodest hæredi, & iis qui loco hæredis sunt: ut bonorum possessori, fideicommissario universali, &c. Nec interest, primus sit hæres, an ulterior, etiamsi medius hæres possessionem non sit nactus. *l. 2. §. 18. etiam.* D. *pro empt.* Ratio est in regula juris, Quia etiam hæres hæredis est hæres.

Sed hîc distinguitur inter possessionem defuncti malæ fidei, & bonæ fidei: ut illa non prosit hæredi, etiamsi ipse sit bonæ fidei; hæc verò prosit, etiamsi ipse sit malæ fidei, ut hîc, & *l. 43. hæres. in pr.* D. *h. t. d. l. 2. §. 19. si defunctus.* D. *pro empt.* Mala inquam fides defuncti nocet hæredi, eiusque usucapionem impedit, licet ipse sit bonæ fidei: (intellige, si jure defuncti uti velit; aliàs non item. *l. 13. Pomponius.* §. 1. D. *de acq. poss. l. 11. vitia.* C. *eod.*) Cum tamen mala fides venditoris non noceat emptori. *l. 38. quam rem.* D. *h. t.* Successor juris est successor vitiorum defuncti non successor rei: ut ait Cujac. *ad lib. 2. Definitionum Papiniani. ad fin. l. 2.* D. *de diversi. tempor. præscript.* Ratio est, ut tantò magis coërceantur delicta defunctorum, cum sciant, ne hæredibus quidem suis unquam acquiri posse, quod ipsi mala fide detinuerint alienum. Deinde quia hæres in omne jus defuncti succedit, ergo etiam in vitia: quod de emptore dicere non possumus: præterea si diceremus, rem à defuncto mala fide possessam usucapi posse ipso mortuo: sequeretur, ut interdum iacente hæreditate res usucaperetur. *l. 31. nunquam.* §. *pen.* D. *h. t.*

II. Regulæ pars est: Emptori accedere & prodesse possessionem venditoris. *l. 14. id tempus.* D. *h. t.* *d. l. 2. §. pen.* D. *pro empt.* Hoc ut fieret, opus fuit rescripto Impp. Antea enim non proderat possessio antecessoris seu auctoris successori particulari, sed tantùm universali.

Etsi

Etsi enim omnis continuatio & accessio possessionis ab una persona in aliam tantùm ex æquitate quadam & benignitate contra jus strictum recepta est, ne scilicet planè inutilis sit possessio, quæ penes defunctum &c. fuit, præsertim bonæ fidei: *l.14. de accessionib. D. de divers. temp. præscr.* facilius tamen in universali successore ea admissa est, quàm in particulari. Ratio differentiæ, Quia hæres est quasi eadem cum defuncto persona, in cujus universum jus succedit, & hæreditas interim est loco domini: unde fit, ut etiam ante aditam hæreditatem usucapio à defuncto cœpta compleatur *l. 40. cœptam & l. 44. justo §. 3. nec dum.* D. *h.t.* De emptore hoc dicere non possumus, qui tantùm rei est successor. Et hoc est, quod ait Vlp. *d.l.13 §.4. quæsitum* D. *de acq. poss.* Plenius est jus successionis quàm emptionis.

III. Regulæ pars est, Ei quoque qui ex causa lucrativa rem accepit, ut donatario, legatario, fidei commissario &c. accedere & prodesse possessionem auctoris sui. Hoc quoque novo jure introductum est à Justiniano *in l. 11. super.* C. *de præscr. longi temp.* Olim enim non proderat, cum ne quidem ex titulo non lucrativo (ut emptori) prodesset ante rescriptum Severi & Antonini. Ratio cur facilius concederetur accessio ei, qui ex causa onerosa, quàm qui ex titulo lucrativo rem nactus esset, hæc est, Quia semper magis favendum est ei, qui de damno vitando est sollicitus, quàm qui de lucro captando.

De legato tamen etiam ante Justinianum hoc receptum fuit *d. l. 14. §. 1. ubi & ratio*: Quia legatarius quodammodo quasi hæres est. Rectè quodammodo quasi. Verè enim ac propriè hæres non est: de quo *infr.* explicabitur. Propius tamen ad hæredem accedit, quàm donatarius.

IV. Pars regulæ est Tàm in usucapione quàm in longi temporis possessione accessioni locum esse. De longi temporis possessione jam olim id receptum fuit *d.l.14. D. de divers. temp. præscr.* De usucapione Justinianus tandem constituit idem *in l. un. C. de usucap. transf.* cujus hîc mentionem facit. Ratio, cur facilius in longi temporis possessione quàm in usucapione reciperetur accessio, est, Quia hæc est ex jure civili: qualia solent esse stricta, rigida & horrida. At illa est ex constitutionibus, ut *supr. d.* Qualia sunt benigniora & laxiora, ac facilius jure singulari contra strictam juris rationem aliquid admittunt, ut est hæc tota res de accessionibus possessionis.

Ad §. ult.

Tria in hoc §. adferuntur. I. Jus vetus ex Edicto D. Marci. II. Jus novum ex constitutione Zenonis *in l. 2. C. de quadri. præscr. & in l. 7. si advers. fiscum.* III. Aliud jus novum ex constit. Justiniani *l. ult. C. d. t.* Primum est hujusmodi Jure veteri: Qui rem alienam à fisco emerat, non quidem statim tutus erat adversus dominum, sed post quinquenium demum à venditione elapsum. Deinde Zeno constituit, ut quicunque à fisco rem alienam non solùm ex causa emptionis, sed & quovis alio, justo titulo accepit, statim sit tutus, & res ipsius fiat irrevocabiliter, sed fiscus ipse domino teneatur intra quadriennium: Eo elapso non teneatur. Et hæc est quæ in jure dicitur quadriennij præscriptio in *d. t.* C. Ex his jam

facile est differentias colligere inter constitutionem Zenonis & D. Marci edictum. Excipiuntur tamen duo casus , quibus non statim securus fit qui rem alienam à fisco accepit, unus est in *l. 1. C. de her. vel act. vend.* Ratio exceptionis est secundum Accursium , quia facilius sit fisco de re una actiones omnes sustinere, quàm de tota universitate, ut de hæreditate *l. 41. eum qui* D. *de jur. fisci l. 13. nec ullam §. 9. item si quis à fisco D. de petit hæred.* Alter casus est *in l. 5. C. de liberali causa.* Ratio est favor libertatis. III. Justinianus Constitutionem Zenonis, (quæ tantùm de rebus à fisco acceptis loquebatur,) produxit etiam ad res privatas principis & Augustæ *l. ult.* C. *de quadrien. præscript. & hîc.* Sic & aliàs Augustæ eadem privilegia dantur quæ habet Princeps *l. 6. in fi.* D. *de jure fisc. l. 31.* D. *de ll.* Quamvis in alijs differant ut Princeps solutus est legib. Augusta non item. Ratio superiorum omnium est , ut tantò facilius emptores inveniant fiscus & Imp. cum quibus propter potentiam nemo aliàs libenter contraheret

AD TIT. VII. DE DONATIONIBUS.

HUjus tituli 4. sunt partes. 1. de Donationibus mortis causa. 2. de donatione inter vivos. 3. de donat. propter nuptias. 4. De veteri modo acquirendi ex jure civili per jus accrescendi. Huc igitur pertinet *tit. de Donat. cum 3. seqq. & tit.* C. *de donat. ante nupt. Vid. & Ulp. tit. 19. Paul. sent. lib. 2. tit. 24. & 3. t. 10.* De verbo Donationis *vid. l. 31. §. 1. de mort.* causa donat. Quæritur autem. An donatio sit juris Civilis, an Gentium. Plerique volunt eam esse juris civilis, & id quidem ratio ordinis postulat. Sed cur potius sit juris civilis quàm gentium , non omnes idem sentiunt. Alij enim putant ideo, quia Justinianus eam confirmavit *in l. 35. C. h. t.* ut detur actio etiamsi res non statim sit tradita, sed verbis tantùm donata : quod olim non fiebat. Alij, quia in tradenda re donata mancipatio interveniret. Ita Cuiac. *lib. 10. obs. c. 28. & in Not. ad h. locum.* Sed neque olim in omni donatione mancipatio & nexus interveniebat, & hodie in nulla. Alij aliter : Ego rem non magni momenti in medio relinquo, neque caussam idoneam video ullam, nisi fortè dicamus Donationem propter nuptias esse civilem utpote ab Impp. introductam : Cæteras vero species donationis obiter etiam hîc referri. Illud vero certum est, donationem propriè dictam & meram non esse contractum *l. 18. Aristo. D. h. t.* Imò ne acquisitio quidem est, si accuratè rem perpendamus, sed potius titulus sive causa possidendi perinde ut Emptio. Neque enim sine traditione dominium rei donatæ transfertur *l. ult. § Lucius* D. *h. t.* Si quis definitionem donationis in genere requirit, etsi homonyma propriè definiri non possunt, ita tamen dici potest, esse actionem , qua alteri aliquid liberalitate quadam nullo cogente jure conceditur *l. 1. D. h. t. & l. 82. D. de R. I.* In omnib. autem specieb. donationum liberalitas quædam versatur , etiamsi in alia dilutior & minor, in alia major & expressior, ut mox apparebit. Dividitur donatio in eam, quæ est mortis causa, & eam, quæ est inter vivos. Et hæc rursum est duplex, aut est mera aut negotialis, quæ scilicet negotij gerendi causa fit & contractib.

tractib. adnumeratur, ut est donatio propter nuptias, quamvis etiam mortis causa donatio negotium aliquod contineat *l.35.§.3. Ergò.* D. *de mortis causa don.* Aliàs donatio fit per traditionem, aliàs verbis, Item alia est donatio omnium bonorum, alia certæ partis, alia denique unius rei.

Ad §.1. Mortis causa.

I. Ergo de mortis causa donatione 3. hîc afferuntur. 1. Quot modis fiat. 2. Ob quas causas revocetur. 3. De ejus similitudine cum legatis. Donatio mortis causa fit tribus modis potiss. qui explicantur *in l.2. l.15.§.1 l.31.§.2. l.35.§.4.* D. *de mort. caus. donat.* Primus modus extra periculum sola cogitatione mortalitatis, secundus imminente periculo mortis, ita ut res statim fiat accipientis: tertius in periculo quidem etiam, sed ita ut res non statim fiat accipientis, sed morte demum insecuta. Illud autem commune est omnibus his tribus modis, ut quis se malit habere rem, quàm donatarium & hunc quàm hæredem, *ut hic & l.1. l.35. §.2. Sed mortis causa D. illo tit.* Revocatur tribus casibus. I. Si donator convaluerit, aut aliud vitę periculum, v.g. prælij aut itineris, aut navigationis evaserit *d.l.13.§.l.19.l.24.l.29.d.l.35. & 2.seqq.l.39. D.h.t.* II. Si donatorem pœnituerit *l.16.d.l.35.* D. *eod.* III. Si donator donatario supervixerit, vel si præmoriatur donatarius *d.l.13.& d.l.13.23.& d.l.35.§.4.in fi.* Comparantur autem donationes causa mortis cum legatis, per omnia, inquit Imp. & mox commodius, per omnia ferè. Etsi.n. multis in rebus similia sunt hæc duo, ut quòd utrumq; morte demũ confirmatur, Item quòd in utroque locum habet Falcidia, &c. Tamen in multis etiam differunt. Qua de re explicatur ad *l.ult.C.de mort.causa donat.* Est enim res prolixior quàm pro hoc loco. Sic quod legata dicuntur exæquata fidei cõmissis per omnia, id dextrè, & ut dicitur, cum grano salis accipiendum est, cum quædã etiam hodie inter illa relictæ sint differentiæ, dè quo *infr. ad §. sed non usque tit. de legat.* De mortis causa capione quomodo illa differat à donatione causa mortis, vide *l.38.D.de mort.caus.donat.*

Ad §. Aliæ autem.

De donatione inter vivos 4. hic dicuntur. 1. Quomodo à mortis causa donatione differat. 2. Quomodo perficiatur, & quis sit ejus effectus. 3. De insinuatione hujus donationis, quãdo illa sit necessaria. 4. Quando revocari possit. Differunt ergò donatio mortis causa & donatio inter vivos: 1. in eo, quod illa fiat mortis suspicione sive cogitatione & metu: hæc sine ea. 2. In hac mera est liberalitas, qua quis alterum quam se habere mavult: in illa negotium tacitè geritur, & se quis habere mavult quam alium, ut sup. dict. ut donatarius reddat, si forte donator revocarit. 3. Quod in illa res non statim fiat donatarij irrevocabiliter nisi post mortem in hac statim *l.* D. *h.t. l.32.* D. *de mort. caus. donat.* 4. Illa revocari potest per pœnitentiam: hæc non temere, id est, non facile: propter ingratitudinem tamen revocatur, de quo mox dicam. 5. Donatio inter vivos si excedat summam 500. aureorum insinuenda est, ut mox dicamus; donatio mortis causa, etiamsi major sit non eget insinuatione

l. ult. C. de donat. cauſ. mort. 6. Illa eſt ſimilis legato, ut modo *d.* & proinde Falcidia quoque ex ea detrahitur ex conſtit. Severi: in hac ſecus eſt *l. 2. C. de mort. cauſ. donat. arg. l. 36. & l. 42. §. ult.* D. *eod.* 7. Illa inter conjuges fieri poteſt, hæc nõ item, niſi paucis caſibus exceptis *tot. tit.* D. *& C. de donat. inter Vir. & uxor l. 12. C. ad L. Falcid.* 8. Illa requirit quinque teſtes, utpote ſpecies quædam ultimæ Voluntatis, hæc non item *d. l. ult. C. de mort. cauſ. donat.* At donatio inter vivos poteſt fieri ſine teſtibus. Perficitur donatio inter vivos hodie quidem voluntate & nudo conſenſu donatoris, intellige, ſi tamen acceſſerit etiam donatarii acceptio. Nam invito beneficium non datur *l. 69. D. de R. I. l. 55. in omnib. D. de oblig. & Act.* Et tam in ſcriptis quam ſine ſcriptura fieri poteſt, etiam inter abſentes *ut hic l. 10.* D. *h. t. l. 6. & 29.* C. *eod.* Olim ex donatione agi non poterat, niſi res ſtatim tradita vel mancipata eſſet. Idque Lege Cincia cautum erat Ratio, quia ex nudo pacto non dabatur actio, à qua tamen L. D. Pius poſtea excepit donationem inter parentes & liberos, intellige ſi liberi non ſint in poteſtate *l.* 4. *5. &* 7. C. *Th. de donat.* Hodie donator donatario etiam extraneo obligatur ex nuda promiſſione ad tradendum, idque condictione ex *L. d. l. 35.* C. *h. t.* Eſtque ergò in eo donatio ſimilis venditioni. Nam & venditio nudo conſenſu perficitur, & fieri poteſt tam in ſcriptis, quam ſine ſcripto, ut *infra d. lib 3. tit. de Empt. & vendit.* Eſt & aliud, in quo donatio Venditioni comparetur, nempe ſi duobus eadem res donata ſit vel vendita, eum præferri, cui priori res eſt tradita, licet forte poſterior alioqui ſit *l. quoties C. de Rei Vind.* Quæ lex nobabiliter limitatur, ut tunc demum habeat locum, quando uterq; titulum habet vel oneroſum vel lucrativum: non autem ſi prior habeat titulum oneroſum, poſterior lucrativum. Jam enim prior præferetur, nec poterit ei res auſferri, & in poſteriorem cõferri: Verbi gratia, Donatio inter fratres facta eſt reciproca: Quorum unus poſtea donare volens poſteriori alicui, bona ſua ei tradit: Quęritur, an poſterior ille pręferatur? ex l. quoties, imo nõ præfertur, ſed prior. *Vid. Iacob. Toming. deciſ. 8. ubi ad hoc allegat Bald. & Iaſ.* Quod autem ait Imp. neceſſitatem traditionis, horum verborũ occaſione quæritur, An venditor præciſe cogatur rem venditam tradere: an vero liberetur, ſi prętet id quod intereſt? Quę quęſtio non eſt hujus loci: de ea vide argumenta in utramq; partem in diſp. Giph. de actionib. empti. Illud hic notandũ eſt, licet donator ad rem tradendã cogi poſſit, nõ tamen in ſolidũ condemnandũ eſſe, verum in id, quod facere poteſt deducto ne egeat §. *ſed & ſi quis verſ. idem eſt inf. de act. l. 12. D. h. t. l. 19. §. 1. l. 30. l. 41. §. ult. l. 49. in fin. & l. ſeq.* D. *de re jud.* Ratio eſt *in d. l. 49. in fin. & l. ſeq.* D. *de re jud.* quia pinguius donatori ſuccurere debeamus, quã ei qui verũ debitum perſolvere cogitur. Non etiã tenetur donator ad uſuras ex mora *l. 22.* D. *h. t.* III. De inſinuatione hæc eſt ſumma. Olim quidẽ donatio ſi maior eſſet 200. ſolidis ſeu aureis, inſinuatione indiguiſſe. Deinde Iuſtin. eam ſummã produxit primò ad 300. ſolidos *l. 34.* C. *h. t.* & tandẽ ad 500. uſq; §. *ult.* C. *d. t.* Quid ergò ſi donatio ſit maior & nõ inſinuetur, erit ne tota inutilis, an pro parte tantum. Et verius eſt pro ea tantum parte, quæ excedit, eſſe inutilem, pro 500 valere *d. l. 34. C. h. t. Iul. Clar. §. donatio quæſt. 17. n. 2. Rol. à Vall.*

Vall.consil.19.n.14.& consil.39.n.39.& consil.93.n.15. ne utile vitietur per inutile *arg.§.u qui exequitur inf.de Mandat.* Est autem insinuatio consignatio & relatio in publica acta sive monumenta, quæ & gesta dicuntur, *de quib.& sup.dixi lib.1.* Qua forma olim fieret insinuatio docet *Cujac.ad Paulum lib.4.sent.tit.6.* Sunt tamen donationes quædam quæ non indigent insinuatione, *ut hic in vers.sed & quasd.* ut sunt donatio facta à principe, vel principi *d.l.34. C.h.t.* Facta pro redemptione captivorum, facta à Magistro militum, item ad refectionem collapsarum ædium vel exustarum *d.l.pen.C.h.t.* Excipiunt etiam donationem reciprocam seu vicissitudinem, item eam quæ fit ob causam:& quæ Ecclesiæ, de quibus exceptionibus Interpretum *vide Iul. Clar.§. donatio quæst.16.& 17.qui à 15. quæst.usque ad 19.* multa de insinuatione habet: inter alia hoc quoq;: An omissio insinuationis suppleri possit per jusjurandum: sive an donatio jurata excedens 500. solidos valeat absque insinuatione: Et concludit quod sic.

Ad versic. Sciendum.

Dictum est supra donationem inter vivos rite factam non revocari ne quidem per rescriptum principis *l.3.& 5.C.de revoc.donat.* Eius Regulæ hic exceptio quædam affertur, nisi donatarius ingratus fuerit adversus donatorem. Ingratitudinis aliquot modos esse indicat hic Imperat. qui enumerantur *in l.ult.C. dict.tit.* ubi & ratio redditur alia præter eam, quæ hic. Donator igitur potest rem donatam à donatario ingrato repetere ac revocare, excepta matre iterum nubente & propudiosa sive inhonesta vita *d.l.7.& Auth.quod mater C. de revoc. donat.* Sed heredi donatoris hoc non conceditur *d.l.7.& d.l.ult.* si scilicet defunctus tacuerit. Videtur enim injuriam condonasse donatario: sicut neque injuriarũ actio datur heredi. Est & alia causa revocationis ob liberos postea susceptos: sed ea tantum pertinere videtur ad patronum & libertum. Quamvis ab Interpretibus ad quemvis donatorem producta sit *l.8.C.de revoc.donat.* ad quam prolixum scripsit volumen *Andr.Tiraqnell.Vide & Iul.Clar.lib.4.sentent.§.donatio quæst.22.* Quæ præterea de donatione dici possunt, nimirum quis, cui, quas res, & ad quem usque modum donare possit vel non, *Videantur in Dig.& Cod. & Iul.Clar.d.§.donatio, item apud Schneid.hic.*

Ad §. Est & aliud. 3.

Tertia pars tituli continet donationem propter nuptias, quæ olim dicebatur ante nuptias, græcis ἀντιφέρνη, quasi dicas contra dos. Ea definiri potest donatio, quam maritus facit uxori ad compensationem dotis *l.ult.& tot.tit.C.de don.ante nupt. Germani vocant* Widerleg/ vnd Gegenstewr. De ea hæc affert Justin. I. Veteribus JCtis ignotam fuisse & ab Imp. demum introductam *l.15. cum veterum. C d.t.* Dices, atqui etiam à veteribus sæpè nominantur donationes sponsalitiæ. Resp. Illæ ab hac donatione propter nuptias longè differunt. II. Eã in se habere tacitam conditionem, si scilicet secutæ fuerint nuptiæ, in quo similis est doti. Nam & hæc nuptiis non secutis nulla est, *l.1.§.2.& 3.D.pro dote.l.3.D. de jur.*

dominus nihil agebat, neque sibi præjudicabat: Illis modis partem suam, quam habebat in servo amittebat: eaque accrescebat alteri domino de quo jure vet. vide Paul. *lib.4.sent.t.12.in pr.* Totus servus non fiebat liber. Quia partim erat alienus: at in servo alieno tantum non licet, neque pro parte fiebat liber, pro parte servus, quia hoc fieri non poterat, non magis quam fieri potest, ut quis partim vivus partim mortuus sit. Hodie servus talis fit liber, & ne tamen socio invito sua pars auferatur, pretium ipsi redditur pro quantitate servi *l.1.&2.C.de com. serv.man.* Ratio est tum propter favorem libertatis, quæ omnibus rebus favorabilior est; tùm quia humanior sententia præ duriori amplectenda est, *ut hîc & d.l.2.C.d t.l.ult.C.qui bon.ced.poss.Paul lib.4.sent.t.12.* Hic igitur modus accrescendi hodie sublatus est, alij manent, de quibus *inf.ad §.hæreditas. & §.seq.de hæred.instit. Item ad §.si eadem re. inf. de legat.*

AD TIT. IIX. QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

Alienatio est omnis actus, per quem dominium transfertur *l.1.C. de fund. dot.* Interdum hoc verbum latius patet *l.ult.C.de reb.ali.non alien. Vid.& l.25.l.67.D.de V.S.* Potest autem I. alienare rem suam Dominus. Nam ut ait Cicero, Fundamentum libertatis, fons æquitatis est unumquemque rei suæ retinendæ & dimittendæ jus habere. Idem dicitur *ex l. 21.* C.*mand. in l. 2.* D.*si à par.quis manum.in l.7.*C.*de relig.& sumpt. fun.* Res autem alienæ à non domino alienari non possunt: Quod penè supervacaneum est admonere *t. tit. C. de rebus ali.non al.* Hujus regulæ 3. except. hîc afferuntur, quæ hic ord. afferuntur. Duo enim sunt casus, quibus is qui dominus est, rem suam alienare non potest, ut est Maritus in prædio dotali, ut est pupillus sine tutoris autoritate. Quò pertinet quod ait *Seneca lib.7.de benefic. cap.12.* Non est argumentum ideo aliquid tuum non esse, quia vendere non potes, quia consumere, quia mutare in deterius aut melius non potes. Tuum enim est, etiam quod sub lege certa tuum est. Et contrà est quando is qui non est dominus, alienare rem potest, ut creditor pignus. Et hæc est summa h.tit.

Advers. Nam dotale.

Maritus etsi est dominus dotis, tamen per L. Juliam non potest eam alienare, *ut hic & tit.*D.&C.*de fundo dot.*(Idem est in sponso. *l.4. D. de fundo dotal. vid. c.10.ex parte vestra ext. de consuet.*) ne quidem si miles sit *l.16.Dotalem. D. de testam.milit.* Hæc L. Julia ab Augusto lata dicitur nunc de fundo dotali, nunc de adulteriis & pudicitia. Inter cætera enim huius L. capita, (de quibus latè explicat Brisson.) hoc quoque unum fuisse apparet *ex Paulo lib. 2.sent. t.* 21. & ex multarum ll. inscriptionibus.*sub d.t.* D.*2.6.12.13.14.* Et alienationem quidem invita tantùm muliere L. Julia prohibebat: ea consentiente permittebat: Sed obligationẽ & hypothecã simpliciter & omninò prohibebat, etiamsi cõsensisset uxor.

Facilius

Facilius enim adduci posse videbatur ut consentiret ad obligationem quàm ad alienationem, cum mulierum avaritia ægrè res suas dimittat *l.4.* D *ad Vellei.* Et iis maximè occurrere solent ll. quæ frequentius & facilius accidunt quàm quæ rarius & difficilius, hæc enim insuper habere solent *arg.l.6.* D. *de ll.* Deinde lex Julia tantùm loquebatur de prædiis Italicis; de provincialibus non item, ut hîc, sed Justinianus utrumque correxit. I. Enim prohibit onem produxit etiam ad provincialia, tam alienationem quam obligationem omnino prohibuit, sive consenserit uxor, sive repugnaverit *l.un.§.Et cum l.Iulia.C.de rei uxor. act.* Ratio redditur *hîc & in d.l.un.* ob fragilitatem scilicet sexus, per quam facilè deciperentur & dotibus suis fraudarentur, quas tamen ipsis salvas esse Reip. expedit *l.2.*D.*de ju.dot.l.1.Soluto matrim.c.3.in gl.2.ibi Quia publ.ut.ex. de don. int. vir. & uxor.* Quam ob causam alia quoque mulieribus sunt concessa privilegia, ut exceptio ex SCto Vellei, Si mulier pro alio intercesserit. Privilegium item tacitæ & anterioris hypothecæ nomine dotis in bonis mariti *l. 19.* C. *qui potior. in pign.* Alienatio autem prohibita est voluntaria tantùm; non etiam necessaria *l. 1. D.d.t. l.ult.C.eod.l.78.§.4 si fundus. de jur. dot.*

Item non est prohibita alienatio fundi dotalis, qui æstimatus datus est marito, nisi tamen electio esset mulieris *l 11. Quod si fundus.D. d.t. l. 1.* C. *eod.* Cessat etiam prohibitio Legis Juliæ, si dos alij restituenda sit, non autem mulieri de ea competitura est actio soluto quandoque matrimonio, *arg. l. 3. D. de fundo dot.* Sed ei quod dictum est, maritum esse dominum fundi dotalis *ex l.13. §. 2 dotale. D.d.t.l.7.§.4.l.9.§.1.D.de iur.* obstat *l.24.§.4.si maritus.D. Soluto matrim.l.3.§.5.D. de minor.* Non possunt autem duo eiusdem rei in solidum esse domini *l. 5. §. ult. D.commod.* Plerique respondent *ex l.pen.C.de jure dot.* Subtilitate LL. Maritum esse dominum sed rei veritate, id est, jure naturali uxorem. Verius videtur ut dicamus, quibusdam in casibus & articulis Juris dominium dotis esse penes maritum, in aliis penes uxorem, de quo latius explicatur *ad d.l.pen.à Giphan.* Videatur & *Ioh.Vaud.lib.2.quæst.jur.c.3.* Postremò observetur hic c.2.licet mulier, de jurejur. lib.6. quo mulier, quæ alienationi consentit & juravit se ei non contraventuram, jubetur id jusjurandum servare, quod est contra jus civile. *l. non dubium* C. *de legib. ut etiam Mynsing.* hic fatetur.

Ad §. Contrà autem.

Ad hunc §. pertinet tit. D. & C. de distract. pign. Summa hæc est, creditorem posse rem sibi pigneratam vendere, neque solum ob sortem, verùm etiam ob cætera, ut usuras & impensas *l.8.§.ult.D.de pig.act.* Ratio dubit. est, quia creditor non est dominus pignoris *l.35.§.1.D.d.t.l.45.*D.*de R.I.* Ratio decid. est, quia cum voluntate debitoris vendat, eaque vel tacita vel expressa, & tàm initio contractus quàm postea interposita *l.4.5.& 6.D.de pig. act.* ipse debitor vendere videtur, *arg.l.2.§.pen.D.de reb.cred.l.56.qui mandat.D.de solut.* Nam ut fideiussor ita & pignus datur ob securitatem crediti, si fortè debitor in solutione cesset. Et siquidem pacto expressum sit, quando & quomodo res vendenda sit, pactũ illud servandum

servandum est. Legem enim contractui dat *l. 1. §. si conveniat. D. depos. l. 24. D. de R. Iur.* Si nihil convenerit observandus est modus ab Imp. præscriptus *in l. ult. C. de jur. dom. interpr.* Si id non fiat, furtum facit creditor vendens pignus *l. 4 in fi. D. de pignor. act. l. 73. D. de furt.* Ratio d. l. ult. est, ne debitores nimis citò dominio rerum suarum priventur, Quamobrem sup. etiam d. est. Tempora usucapionum prolongata esse. Si pluris vendiderit, tenetur debitori reddere superfluum *l. 6. §. ult. & l. 24. §. 2. D. de pign. act.* Si minoris, habet adversus debitorem actionem de residuo, in quod pignus non sufficiebat *l. 28. D. de reb. cred.* Ex his intelligitur hîc tantum agi de pignore conventionali. Est enim pignus ferè quadruplex 1. Conventionale, idque vel traditur & propriè dicitur pignus, vel nuda conventione tenetur & vocatur hypotheca *l. 1. & l. 9. §. 2. D. de pig. act. l. 4. D. de pig.* 2. Prætorium. 3. Judiciale. 4. Naturale. *de quibus inf. ad tit. quib. mod. re contr. oblig.*

Ad §. Nunc admonendi.

Regula hîc est, Pupillo nullius rei alienationem concessam esse sine tutoris autoritate, *ut hic in pr. & postea in fi. l. 11. D. de acq. rer. dom. l. 9. in pr. & §. 12. D. de autor. tut. l. 15. pupillo D. de solut.* Non ignoravit hoc jus Apostolus Paulus, cum Gal. 4. sic scripsit: Quamdiu hæres est pupillus, nihil distat à servo, tametsi dominus sit omnium: sed sub tutoribus & dispensatoribus est, usque ad terminum à patre definitum. S. Ambrosius quoque lib. 9. Epist. ad Clementianum sic scribit convenienter huic loco: Parvuli heredes nomen nudum hereditatis, non auctoritatem usurpant. Jubendi jus & utendi non habent, qui plenitudinem suæ ætatis expectant, ut à curatoribus liberentur. Non igitur pupillus conditionem suam sine tutoris autoritate potest facere deteriorem, *init. tit. sup. de autor. tut.* Meliorem verò potest *l. 28. D. de pact.* Idem juris est & in furioso, prodigo, minore, qui curatorem habet *l. 6. l. 10. puberes. D. de V. O. l. 3. C. de in integr. restit. min.* Quamvis ibi magis de obligatione quàm alienatione agatur. Hæc regula duobus exemplis hic declaratur, Mutui videl. & solutionis. Nam neque mutuum dare pupillus potest neque solvere alteri *l. 14. in fi. D. de solution.* Si det vel solvat, non facit nummos accipientis; quod tamen utrobique & in mutui datione & in solutione necessarium est *l. 2. § 2. & §. 4. in mutui. D. de reb cred. l. 94. D. de solut.* Dices, atqui pupillus alium sibi obligare potest *l. 13. Iulianus. § 29. si quis. D. de act. empt. & sup. init. tit. de aut. tut.* quod certè facit etiam is qui dat mutuum, ut dicetur *inf. ad tit. Quib. mod. re con. ob.* Item qui solvit, liberat se ab obligatione, atque ita conditionem suam meliorem facit, quod pupillo conceditur etiam sine tutore. Resp. Id inde fieri, quia pupillus nihil alienare potest. Repetet g. pupillus id quod dedit, vel rei vindicatione, si nummi extent: vel condictione si bona fide consumpti sunt, quo casu solutione liberabitur. Vel denique actione ad exhibendum, si mala fide consumpti sint ab eo, qui scivit se à pupillo accepisse, hac enim actione etiam is tenetur, qui dolo possidere desiit. Vindicari autem non potest res extincta, ut sup. quoque exposui *ad §. si tamen aliena. tit. de Rer. div.* Eadem distinctio est & *in l. 11. in fi. & l. 19. D. de reb. cred.*

l.14.§.ult.& in l.17.Caßius D. *de solut.* Sed de condictione quæritur, qualis ea sit, an condictio certi ex mutuo. Et id pleriq; putant Cuiac. secuti: Verius tamen est, condictionem sine causa hîc intelligendam esse. Nusquam enim lectum est, quòd illi volunt, consumptione conciliari mutuum, quod ab initio nullum fuit. Nec benè colligitur, consumptis nummis nascitur condictio, ergo nascitur condictio certi ex mutuo. Potest enim esse alia: ut sine causa: cuius ratio est, ne quis locupletur ex aliena jactura. Sed hac de re supra quoque aliquid dict. *ad d.§.si tamen alienam.* Dictum est, pupillum debitori suo solvere non posse sine tutoris auctoritate, imò etiam prætoris autoritas accedere debet, ut recte solvat *l.5. magis.§.si pupillus.*D. *de reb.eorum qui sub tut.vel cura sunt non alien.* Pubes autem factus solvere potest id quod accepit mutuum dum adhuc erat pupillus, si ex eo locupletior est factus, & solutum non repetit tanquam indebitum *l.13.in fi.* D. *de cond.indeb.* Hactenus enim obligatur naturaliter, ut sup dict. *Quæritur ergo jam: an ipsi pupillo solvi possit, id quod dicendum videtur, quia omnes res etiã sine tutore rectè dari possunt pupillo. Fit enim hac ratione ipsius conditio melior. Sed id ita intelligendum est, si non etiam aliquid vicissim remittat pupillus. Id autem hîc fit. Dum enim solutionem reciperet, obligationem deminueret, arg. *l.22.filiusfam.D.de solut.* Accedit, quod periculum est, ne pecuniam prodigat pupillus. Non potest igitur ipsi solvi ita ut debitor liberetur *l.15.* D. *de solut,* Quid g. si nummi ipsi sint traditi. Resp. Aut pecunia est salva, aut pupillus ex ea factus est locupletior, v.g. Quia in emptionem prædiorum eam collocavit, vel creditori suo solvit, vel aliàs in utilitatem suam convertit aut denique malè eam consumpsit, id est, neque salvi sunt nummi, neque ex iis factus est locupletior. Prioribus duobus casibus si pupillus denuò conveniat debitorem, repelletur exceptione doli mali *d.l.15.42.& 66.D. de solut.l.4.§.4. si quis pupillo* D. *doli mali. except.* Dolo enim & contra bonam fidem facit qui bis idem exigit. *l.57.* D. *de R.I.* & qui locupletari cupit cum aliena jactura & damno *l.14.* D. *de cond indeb.l.74.cum l.seq.l.206.*D. *de R.I.* Tertio casu iterum agenti pupillo non obstabit exceptio doli; sed denuo solvere cogetur debitor, *ut hic.* Ut autem debitor securus esse possit & solvendo plene & ipso jure liberari, non solum tutoris auctoritas, sed & judicantis sententia intervenire debet, *ut hic & l. 25. C. de admin.tut. vide & l.7.§.sed et si* D. *de minor.* Quod ait Imp. licere tutori vel Curatori debitorem pupillarem solvere non satis intellexisse videtur Theoph. & alij. Dicitur autem creditor solvere debitorem, cum accepta ab ipso solutione vel satisfactione eum liberat, ipsique obligationem remittit. Sic contra debitor dicitur dimittere creditorem suum, cum ipsi solvit *l.28* D. *de jur. dot.l.15. D. quæ in fraud.cred.* Sed superioribus addendum, non modo ipsum pupillum & minorem non posse res suas alienare, sed ne quidem tutorem vel curatorem sine decreto: de quo est *tot.tit.D.de præd. minor. sine decr. nonal.* Hoc quoque addend.

Res litigiosas non posse alienari. *tot. tit.C de litig.* Item res Ecclesiæ de quo & eius exceptionibus sup. *d. t. 1.*

TIT.

TIT. IX. PER QUAS PERSON. CUIQUE ACQUIRITUR.

CUm *h. tit.* congruit *tit. C. per quas pers. nob. acq.* & *l.* 10. D. *de A. R. dom.* ex qua multa huius *tit.* sunt descripta, quibusdam tamen propter jus novum mutatis & interpositis. Conferatur etiam *tit. pen. lib. 3. infr. de oblig. per adquirenda agitur, ut hic,* de proprietate sive dominio & possessione. Porrò 3. hujus tituli partes constitui possunt, prout sunt 3. hominum genera, per quos nobis acquiritur. Primum de acquisitione per eos agitur, quos in potestate habemus: quales sunt liberi nostri & servi, ut *supr. d. lib. 1.* II. De acquisitione per servos usufructuarios & bona fide possessos, sive sint alieni servi, sive liberi sint homines & sui juris *in §. de ijs autem servis.* III. De acquisitione per procuratorē *§. Ex his itaque vers. Et hoc est quod dicitur.* Quæ singula qualia sint videamus.

Ad §. 1. Igitur liberi.

Cum de liberis quæritur, Quid & quantum per eos patri acquiratur, distinguend. est jus vetus à novo: distinguenda item genera peculiorum. Jure veteri olim per liberos in potest. parentum omnia sine discrimine acquirebantur, omnia inquā quæ sunt juris. Nā ea quæ sunt facti sive naturalia, ut ire agere, cum sint personalia, personę eorū cohęrent, *arg. §. 1. inf. de stip. serv.* Ratio erat in patr. potestate posita. Unde simul intelligitur, Matribus, quæ liberos in potestate nō habent §. *fœminæ supr.* de adopt. nihil per eos acquiri. Cum enim persona & corpus liberorum patri ita subijceretur, ut in eos jus vitæ ac necis haberet *l. 11. D. de liber. & postum l. ult.* C. *de patr. potest.* adeoque parum distarent à servis: multo magis bona ac res, quæ quasi accessio sunt & sequela personarum, eidem acquiruntur, *arg. l. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab.* Neque enim suum aliquid habere potest, qui in aliena potestate est *arg. §. item vobis vers. Ipse enim servus infr. h. t.* Postea vero sub Impp. paulatim jus patris tàm quoad personas quam quoad bōna liberorum imminui magis magisque, & liberorum augeri cœpit & genera quædam bonorum introducta sunt quæ patris acquisitionem planè effugerent plenoque iure ad liberos pertinerent. 1. enim peculium Castrense, id est, quicquid filius in militia sive Castris acquisivit, totum ei attributum est, ut nihil in eo iuris habeat pater, sed ipse filius suo arbitratu de eo disponere possit tàm inter vivos quàm in testamento, adeoq; eius respectu habeatur pro patrefam. Autor esse videtur Imp. Augustus, de quo latius *infr. tit. Quib. non est perm. test. fac.* & *Iuven. Satyr. ult.* Hoc peculium castrense posterius Imp. Constantinus etiam dedit illis qui in sacro palatio militant *l. 2. C. de privileg. eor. qui in sacro palat. milit. l. unic. l. C de Castr. omn. palat. pec.* Accessit deinde peculium q. Castrense, quod filius sua industria quæsivit in militia togata, id est, advocationibus, assessura, professione & aliis officiis. Huius idem est jus quod Castrensis. Imp. Theodos. Junior hoc primū introduxisse videtur *l. 2. C. de Assess. l. 4. C. de advoc. divers. judic.* Dices etiam in D. hoc peculiū nominari, ut *in l. 3. §. 5. dari. D. de bon. poss. l. 1. §. 15. nec castrense. D. de collat. bon. l. 1. §. 6. in filij* D. *ad SCtum Trebell.* R. Id esse ex interpolatione. Triboniani Tandem Impp. alia quoque bona liberis

concesserunt, ut Materna, Materni generis, Matrimonialia, quæ vel dote vel donatione propter nuptias, vel sponsalibus acquirerentur. De quibus sunt in C. *titt. de bonis matern. & de bonis quæ liberis.* Cuius tit. *l. 6. cum oport.* hîc refertur. Summa g. hæc est, quod hodie peculium castrense & q. totum pleno jure ad liberos pertinet. In his enim nihil mutavit Justin. ex jure vet. Peculium vero profectitium (ita cum vulgo appellamus id quod ex re patris filio obvenit, sive quod ex patris occasione profectum est, ut hîc ait Imp.) Hoc totum patri acquiritur, cuius rei ratio redditur hîc in textu: Quia æquum sit ut ad patrem revertatur quod ex re ipsius profectum est. Deniq; peculium adventitium (ita appellant, quod extrinsecus acquirit filius, ut quod ei vel donatur vel legatur, vel fortunæ liberalitate objicitur, vel ipsius labore paratur, vel etiam bona materna & materni generis) inter filium & matrem q. dividitur, ita ut proprietas maneat filij; Ususfr. vero patri acquiratur, sive is sit naturalis, sive adoptivus. §. *nunc autem. inf. de acquis. per arrogat.* Huius quoq; juris ratio hîc redditur, quia si secus fiat, id est, ut hoc peculium aliis acquiratur, luctuosum hoc futurum esset filio, neque is vel fortunæ prosperitate vel amicorum liberalitate, vel suis laboribus frui posset. Committeretur inquam in *l. 6. C. de LL.* Quæri hic potest, quod ex me quoq; memini quæsitum aliquando ab amico. An & mater in bonis liberorum habeat usumfr. Et expresse decidit *Bl. in d. l. cum oportet §. ult. n. 4. non habere:* idq; & Joh. Fichard. probat. *cons. Germ. 131. n. 2.* Idq, ea ratione, quia in matre cessat ratio acquisitionis, videl. patria potestas, cum fœmina liberos in potestate non habeat, ut sup. tit. de adopt. dictum. Ex eadem ratione paulo post sequetur, emancipatos nihil acquirere patri, sed omnia sibi. Quo autem loco Emancipati sunt patri, eodem sunt liberi suæ matri. Cumq; non habeat mater usumfr. in bonis filiæ dum vivit filia, multo minus poterit eâ mortuâ marito illius heredi ex pacto vel statuto restitutionem bonorum filiæ hoc prætextu denegare: ut erat in facti specie tunc mihi proposita, comprehensum. Observanda est hic obiter vulgaris peculij divisio: quadruplex enim faciunt, Castrense, quasi Castrense, profectitium & adventitium: quæ cuiusmodi sint ex superioribus jam intelligitur. Etsi autem commodius videtur, si peculium divideamus in paganum, Castrense & q. Castrense, quemadmodũ & hominũ alij sunt pagani, alij milites, *arg. l ult. C. de in offic. test.* Et verba hæc profectitiũ & adventitiũ in jure dicantur de bonis & dotibus, non aũt de peculio *l. 5. D. de jur. dot. l. 28. paterf. D. de bon. auct. jud. poßid.* Tamen quia prior illa divisio ab omnibus jam recepta est, etiam à Donello ad §. actiones a. inf. de act. eam retinere possumus, ne de verbis contendere velle videamur, ubi res ipsa satis intelligitur. Definitio tam nominis quam rei extat *in l. 5. §. pen & ult.* D. *de peculio.*

Ad §. 2. Hoc quoque à nobis.

Dictum est de liberis in potestate, quid quantumque per eos parentibus acquiratur. Sequitur de Emancipatis. Hi omnia sibi acquirunt, utpote cessante jam ratione, cur liberi patri acquirant, quæ in patria potestate posita erat.

Sed in ipsa emancipatione pater aliquid de bonis eorum retinet præmij loco. Ut enim manumissio servi grande & summum est beneficium,

secundum

secundum Terentium, & Ulp. *in l. 1. D. de bon. libert.* ita & emancipatio filijfam. ut proinde patri aliquid pro ea præmij debeatur. Olim igitur ex constitutionib. Constantini pater filium emancipans tertiam partem bonorum adventitiorum filij sui (ea enim sunt quæ Imp. hîc dicit acquisitionem effugere) muneris causa seu remunerationis gratia retinere poterat *l. 1. & 2.* C. *Th.* de matern. bonis. Sed hodie ex constitutione Iustiniani patri pro tertia parte proprietatis usufructus dimidiæ partis conceditur *l. 6. §. cum autem C. de bon. quæ lib.* cujus summa hîc refertur: & ratio simul exponitur, cur jus vetus sit mutatum, quia scilicet durum & inhumunum fuerit erga filium: cujus gaudium ex emancipatione conceptum valdè imminuebatur & contaminabatur ademptione tertiæ partis bonorum adventitiorum. Usufructus autem etiamsi sit partis maioris (dimidiæ scilicet) tamen non tantum nocet filio, cum aliquando sit desiturus atque ad proprietatem reversurus. *ut supr. d. ad tit. 4. de usufr.* Pro, liberos suos, alij leg. liberum suum, teste Cuiac. Sicut & *infr.* pro, apud filium remanebunt, Myns. testatur alios legere, apud liberum. Liber pro filio in singulari numero etiam usurpatur *in l. 33. C. de inoff. testa: & init. tit. infr. de servil. cogn.* Sic Sext. Aurelius Victor: Nerva Traianum in liberi locum & in partem imperij adoptavit & *Ovid. 2. metam. Vide & l. 126.* D. *de reg. jur. & Vallam 3. Elegant. c.* 8. Usitatius est verbum Liberorum in plurali, quod etiam unicum significat, teste Gellio *& l. 148. non est sine* D. *de verb. sign.* Sic maiorem dixit Apuleius 1. *Florid.* meus maior Socrates: cum usitatius sit plurale tantum Majores.

Ad §. Item vobis.

De acquisitione per servos proprios hæc est regula: Servũ omnia ex quacunque causa acquirere domino: idque etiam ignoranti & invito & vetanti: ut *hic & l. 10. §. 1. & l. 32. etiam* D. *de adq. rerum dom. l. 62.* D. *de verb. obl.* Omnia, id est, sive ex traditione aliquid nanciscantur, sive quid stipulentur servi: item tàm proprietatem quàm possessionem, quàm denique obligationem: ut hîc in textu explicatur. Ratio est, quia cum ipse servus sit in potestate alterius & ab alio possideatur, ipse nihil suum aut proprium habere aut possidere potest: ut *hîc & d. l. 10. §. 1. l. 118. qui in servitute D. de reg. jur. fac. l. sic eveniet 21. D. Ad l. jul. de adult.* Ratio rationis, Quia cujus persona alteri est subiecta, eiusdem res & bona multò magis. Sed cur ignoranti etiam & invito? Quia hæc adquisitio fit ipso jure, ratione scil. patriæ potestatitis: qualia etiam ignorantibus & dormientib. obveniunt *l. 31. nunquam §. 1. D. de usucap.* ac ne momento quidem subsistunt in persona eorum qui in potestate sunt *l. 79. placet* D *de adq. hæred.* Dices, hoc absurdum esse & contra regulam juris, ut invito detur beneficium *l. 69.* D. *de reg jur.* Resp. posse patrem vel dominum id quod sibi semel ipso jure adquisitum est, postea repudiare *l. pen. C. de pact. l. 46. pactum* D. *eod.* Dixi, omnia adquiri per seruum & filiumf. domino & patri etiam ignoranti & invito. Excipitur tamen hæreditas, in qua jussus domini & patris requiritur, *ut hic, vers. sed si hæres & d. l. 10. §. 1. vers. ideoq. si hæres.* Et hoc est quod Gaius ait *in d. l. 32. D. de adq. rerum dom.* penè ex omnibus causis. Non ait simpliciter, Omnibus ex causis invitis per servos adquiri,

quiri, sed penè omnibus. Excipitur enim hæreditas. Idque optima ratione: Quia alioqui pater vel dominus æri alieno obligarentur *l. 6. qui in aliena in pr.* D. *de adq. hær.* Cur ita? Quia hæreditas est universitas quædam, quæ non tantùm lucrum, sed sæpè æs alienum & damnum continet: sæpè inquam est damnosa *l. 32. si hæreditatem* D. *Mand. l. 8. more* D. *de adq. hær. & dixi supra ad* §. *neque de auct. tut.* Non debet autem conditio nostra deterior fieri per eos quos in potestate habemus, quamvis melior fieri possit *l ult.* C. *de adq. poss. l. 133. melior D. de R. I. fac. l. ult.* C. *h. t.* Sed quod servis legatur, id dominis etiam ignorantib. & invitis secundum regulam superiorem adquiritur. Non enim metuendum est hîc in legato periculum illud æris alieni, quod in hæreditate metuimus: cum legatum adquisitum numquam damno esse possit, sed merum contineat lucrum *d. l. 32.* D. *mand.* Est enim legatum donatio quædam §. *1. infr. de legatis* adeoque titulus lucrativus, non onerosus. Et legatarius nō est juris successor, ut hæres, sed certæ rei §. *11. legatarijs infr. de test. ord.*

Ait Imp. etiam possessionem adquiri per liberos & servos. Idem dicitur *in l. 24. quod servus* D. *de adq. poss.* Ratio dubit. est, quia possessio plurimum facti habeat, ratione scil. naturalis apprehensionis. Quæ autem facti sunt & naturalia, ea cum etiam in servos & filios fam. cadant, in patrem vel dominum non transeunt, sed penes ipsos manent §. *1. infr. de stip. serv. l. 44. qui hæredi in pr.* D. *de cond. & demonstr. l. 103. quod dicitur.* D. *de verb. obl. R. T.* Decid. est, quia possessio plurimum ex jure mutuatur, non tantùm corporis sive facti, sed & juris est *l. 49. possessio in pr. &* §. *1.* D. *d. t. de adq. pos.* Ratione porrò possessionis etiam usucapio vel longi temporis possessio dominis & patribus adquiritur, si fortè tradens non fuerit dominus rei. Ex possessione enim & bona fide oritur usucapio, *ut supr. d. tit. 6.*

Ad §. *De ijs autem servis.*

De adquisitione per servum fructuarium, & per bona fide possessum tàm liberum hominem quàm servum alienum, ita jus est: Quod hi ex duabus tantùm causis nobis adquirunt tàm proprietatem quàm possessionem: ex re videlicet nostra, & ex operis suis. ut hîc, & *d. l. 10.* §. *3.* De fructuario idem dicitur apud Paulum *lib. 5 sent. tit. 7. de obligat.* §. *2. fructuarius, & in l. 21. si servi, cum aliquot ll. seqq. D. de usufr. l. 49. quod fructuarius, & l. 63.* §. *3. quod si servus* D. *de adq. rerum dom. vide & l. 98.* §. *7. si servus* D. *de solut.* De bonæ fidei possessore est *& l. 19. liber homo l. 21. si servus l. 23. qui bona fide l. 39. etiam furtivus, & l. 40. quæsitum est. l. 43. servus l. 49. quod fructuarius l. 54. homo liber. l. 57. per servum D. de adq. rerum dom. l. 7.* §. *ult.* D. *pro empt.* Dixi, per servum alienum bona fide possessum nobis adquiri. Nec obstat, etiamsi is servus sit furtivus *d. l. 39. etiam furtivus.* Etsi enim hic usucapi non potest §. *furtivæ supr. de usucap.* tamen per eum adquiri potest bonæ fidei possessori. Aliud est in servo vi vel clam vel præcariò, id est, mala fide possesso. per hunc enim nihil prorsus adquiritur *l. 22. nemo D. de adq. re dom.* Porrò ratio cur fructuario & bonæ fidei possessori per servos, in quibus usumfr. habent vel quos bona fide possident, adquiratur, hæc est, quia dominorum

minorum loco habentur in multis juris articulis *l. 4. D. de usufr. l. bona fides D. de reg. jur.* Sed (*ut supr. d.*) ex duabus tantùm causis per hos adquiritur, ex re videlicet usufructuarij, vel b. f. possessoris, & ex operis servorum. Quicquid igitur ex aliis causis adquirunt, (v. g. si quid ipsis donetur, aut legetur, aut si hæredes instituantur, aut si thesaurum inveniant) id neque usufructuario, neque bonæ fidei possessori adquirunt: Sed servus quidem fructuarius domino proprietatis id omne adquirit: Bona verò fide possessus si est servus alterius, similiter domino suo adquirit; Sin est liber homo & sui juris, sibi ipsi. Cur ex re nostra nobis adquirant, ratio manifesta est: quia nostrum est, quidquid ex re nostra ejusúe occasione provenit §. *item ea quæ ex animalib. supr. de rerum divis.* Et quæ invidia est, quod ex re mea proficiscitur, id ad me reverti? *arg.* §. 1. *supr. h. t.* Cur ex operis suis ratio hæc est, Quia operæ etiam quodammodo ex re eius, cui quis servit, habentur *d. l. 23. qui bona fide* D. *de adq. rerum dom.*

Quod in servo fructuario, eoque qui bona fine possidetur, idem quoq; juris est in servo dotali. Nam & hic marito ex iisdem duabus causis adquirit: ex cæteris omnibus uxori *l. 19. hinc quæritur.* D. *de pecul. l. 47. si servo & l. 65. si legato* D. *de jur. dot. l. 45. aditio in pr.* D. *de adq. hær.* Dixi, servum fructuarium hæredem institutum &c. adquirere hæreditatem &c. non fructuario, sed proprietario. Ratio est, Quia hæreditatis aditio non est in opera servili *d. l. 45. l. 47. fructuario* D. *de adq. rerum dom.* Non enim propterea habemus servos, ut per eos hæreditates adquiramus: sicut neque ancillas ideo, ut pariant, comparare solemus: *l. 27. ancillarum.* D. *de hær. pet.* neque servos, ut eorum opera thesauros quæramus *l. 63. si is qui* §. 3. *si servus* D. *de adq. rerum dom.* Fit tamen interdum, ut servus instituatur hæres, ut legatum ipsi relinquatur, ut donetur, non proprietarii sed fructuarii contemplatione: quo casu non acquirit proprietario, sed fructuario, licet non ex re ipsius, neque ex opera sua hoc fit *d. l. 21. si servi & l. seq.* D. *de usufr.* Videatur & *l. 19. liber homo.* D. *de adq. rerum dom.*

Hactenus igitur pares sunt fructuarius & bonæ fidei possessor, quod utrique ex duabus tantum causis adquiritur. In eo autem differunt, & melior est conditio b. f. possessoris quàm fructuarij, quod hic usucapere non potest; ille potest: & usucapione impleta non tantùm ex duabus illis, sed ex omnibus causis jam per eum adquirere potest. Fructuarius inquam servum illum usucapere non potest, duabus de causis: tum quia non possidet, sed tantùm naturaliter tenet *l. 1. §. 8. per eum l. 12. naturaliter & l. 49. in pr.* D. *de adq. poss.* Usucapio autem sine possessione non contingit *l. 25. fine* D. *de usuc.* tum quia scit, servum alienum esse: id est, malæ fidei possessor est. Ad usucapionem verò bonâ fides requiritur *init tit. supr. de usucap.* Sed de comparatione fructuarij & bonæ fidej possessoris plura dixi *supr. ad §. si quis à non domino & §. seq. de rerum divis.* Rectè autem Imp. ait: si usuceperit servum. De usucapione liberi hominis tacet, quia ea nulla est. Ut maximè liber homo bona fide possideatur, nunquam tamen usucapitur.

Est enim

Est enim extra commercium §. *sed aliquando supr. de usuc.* Diximus de servo proprio, itemque de fructuario & bona fide possessio. Sequi debebat de servo communi: de quo nihil hîc Imp. *Sed infr.* §. *ult. Per quas perf. nob. obl. adq. vide & l. 45. communis D. de adq. rerum dom. & l. 24. communis* D. *commun. divid.*

Ad §. Ex his itaque.

Idem ait *l.1.C. Per quas person. & Paulus lib.5. sent. tit 2.* Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Et hoc veluti consectarium ex superioribus Imp. hîc infert. Cujus ratio est, Quia culpa est inmiscere se rebus alienis *l.36. culpa. D. de R.I. fac. l.23. consulta C. de testam.* Quæ regula de illis intelligi debet, quæ sunt civilia; non de ijs quæ naturalia. In his enim alteri prodesse licet, ut videre est in solutione pro alio facta *l. 39. soluendo D. de neg. gest. l. 23. solutione D. de solut.* Est enim solutio naturalis, ut quæ numeratione fiat. Hinc fit, ut nec stipulari quisquam alteri possit §. *alteri inst. de inut. stip. l. 38. stipulatio ista* §. *alteri D. de ver. obl. d. l.1. C. h. t.* nec aliam obligationem actionemve, ut pigneratitiam &c. adquirere *l. 11. solutum* §. 6. *per liberam* D. *de pign. act. l. 11. quacunque* D. *de O. & A.* Eadem ratio erat, cur olim nemo alterius nomine in judicio agere posset, nisi paucissimis casibus: ut est *in tit. infr. de his per quos ag. poss* Excipiuntur tria, quæ per procuratorem alteri adquiruntur I. Possessio, & per hanc dominium vel usucapio: II. Condictio certi ex mutuo. III. Actio hypothecaria vel pigneratitia. Imp. hîc primum tantummodo attalit. Reliqua duo aliunde supplenda sunt. Primùm igitur possessio per procuratorem nobis adquiritur: Idque Severi constitutione effectum est: quæ est *l. 1. C. de adq. poss.* cujus & hîc fit mentio, & *in l.8. per procuratorem C. d. t. & in d. l.11. solutum* §. *per liberum D. de pig. act. l.1.* §. *20. per procuratorem & l 49 possessio quoque* §. *ult.* D. *de adq. poss. l. 41. si rem* D. *de usuc. l. 14. eum qui* §. 17. *si exempla* D. *de furt l.* 1. C. *h. t.*

Ratio constitutionis illius est utilitas. Utilitatis causa rreceptum est (inquit Paulus *d.* loco) per procuratorem adquiri nobis possessionem posse: Et severus ipse in *d. l.1. C. de adq. poss. & Impp. in d. l.8. C. eod. tit.* Est ergo contra strictum juris rationem, ut sæpe constitutiones arti juris vim faciunt. Idem est & in tutore & curatore *d. l.* 1. §. 20. *per procuratorem* D. *de adq. poss.* Sed an possessio ignoranti adquiritur? R. non nisi duobus casibus, primò per servum ex causa peculiari *l. 1. §. 3. item adquirimus l. 3.* §. *12. cæterum l. 34.* §. *ult. l. 44. peregre* §. 1. D. *de adq. poss.* Secundo per procuratorem *ut hîc & d. l. 34.* §. 1. *& 2. l. 42. communis* §. 1. *l. 49. possessio* §. *ult.* D. *d. t. l. 1. C. eod.* In procuratore tamen distinguendum est, nam aut mandante domino, aut sua sponte rem emit, & possessionem nanciscitur. Priori casu etiam ignoranti domino, adquiritur possessio: altero non nisi ratam habuerit emptionem *d. l. 42.* §. 1. D. *de adq. poss. Paulus d. lib. 5. Sent. tit.* 2. Aliàs scienti duntaxat adquiritur: Quia possessio animum requirit, qui sine scientia fingi & intelligi non potest. Ut enim consensui nihil magis contrarium est quàm error: ita animo & voluntati nihil tàm repugnat quàm ignorantia. Dominium verò etiam ignoranti adquiritur *l. 13. si procurator* D. *de adq. rerum dom.* R. diff. facilis est.

est. Dominium enim totum est juris; At possessio plurimum facti habet. Ratio cur per servum ex causa peculiari adquiratur possessio domino ignoranti, redditur *in d. l. 1. & alia in d. l. 44.* §. 1. Cur per procuratorem, ratiò ferè eadem est, Quia videlicet dominus dum procuratorem constituit, ab initio voluntatem ipsi suam generatim accommodat, ut omnia ipsi adquirat. Non igitur opus est, ad singulos incidentes quandoque casus denuò specialiter eam declarare & interponere. *arg. d. l. 44.* §. 1. Tantum de possessione per procuratorem adquirenda. Secundo per eum adquiritur nobis actio ex mutuo, si videlicet mutuum nostro nomine dederit *l. 2. C. h. t. l. 9. certi* §. 8. *si nummos* D. *de reb. cred.*

Ratio est utilitas hujus contractus, & frequentia mutui *arg. d.* §. 8. Tertio per eum adquiritur nobis actio hypothecaria, si mutuum nostro nomine dans pignus vel hypothecam acceperit *d. l. 2.* C. *h. t. d. l. 11.* §. *per liberam* D. *de pign. act.* In qua observandum est, hæc verba: plerumque, & non semper, à Triboniano esse interjecta propter jus novum. Olim enim hæc actio per procuratorem ipso jnre non adquirebatur domino, sed cessione opus erat *d. l. 2.* C. *h. t.* ubi & ratio redditur: Quia scilicet absurdum fuerit, personalem actionem adquiri domino contractus per procuratore sine cessione; & non adquiri eidem etiam actionem in rem (id est, hypothecariam) nisi cessa fuerit. Ejusdem enim juris esse debere videntur obligatio & actio accessoria (ut est pignoris, quod accedit ad confirmãdum & assecurandum mutuum) cujus est principalis.

Ad §. *ult.*

Nihil aliud hic §. quam rationem ordinis continet: cujus hæc est summa: Modos adquirendi res singulas, paulò antè expositos, qui partim sunt naturales, partim civiles, sequi jam debebat tractatio de legatis & fidei commissis singularibus, qui item sunt modi, quibus res singulæ adquiruntur. Sed quia legata ex testamentis pendent, in quibus tantùm relinquuntur, commodius est, ut de testamentis prius explicetur, ut sine quorum cognitione legatorum natura satis planè intelligi non posset. Quia autem in testamentis potissimum de Hæreditate agitur, quæ est modus adquirendi per universitatem: ea occasione Imp. etiam alios tales modos enumerat, de quibus ordine sit agendum ut sunt, bonorum possessio: adquisitio per adrogationem: addictio bonorum libertatis conservandæ causa facta. Porrò hæreditas ex testamento meritò præcedit eam, quæ ab intestato est: Quia quàm diu illa speratur, tàm diu huic locus non est *l. 39. quamdiu* D. *de acquir. hæred. & l. 89. D. de R. I. l. 8. C. Commun. de success.* Et adeò quidem hæ duæ hæreditates diversæ sunt, ut nunquam coincidere possint: nunquam enim eidem homini simul ex testamento & ab intestato succedi potest *l. 7.* D. *de R. I.* Quod & Cicero innuit, cum hæc scribit *2. de invent.* Unius pecuniæ plures dissimilibus ex causis hæredes esse non possunt: nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset. Cum autem hîc duæ tantùm successionis sive hereditatis caussæ nominentur: Testamentum, & Lex: ea occasione quæri potest, annon sint plures: verbi gratia, Annon etiam pactis detur hereditas. Et dicendum, jure civili pacta de futura successione inter paganos non valere.

AD TIT. X. DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Quæ deinceps ad finem usque hujus libri sequuntur, ea ad hæc ferè V. Capita referri possunt. 1. est, Quomodo testamenta fiant, nimirum ita, primùm ut observentur sollennia, quæ præscribuntur *tit.10*. Ea tamen remissa sunt militibus *tit.11*. Deinde ut testator sit is qui habeat testamenti factionem sive testandi jus. Sunt enim qui id non habent, de quib. *tit.12*. Tertiò ut hæres instituatur. Hæredes vel sunt liberi, qui omninò hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi *tit.13*. Vel extranei, de quib. *tit.14*. & rursum hæredes aut sunt primi instituti, de quib. *d. tit.13. & 14*. aut sunt secundi hæredes sive substituti, idque vel vulgariter, de quib. *tit.15*. vel pupillariter, *tit.16*. Et his quidem modis testamenta fiunt. 2. Caput est, Quomodo testamenta infirmentur quo pertinet *tit.17 D18*. 3. Caput agit de fine & effectu testaméti, qui in aditione hæreditatis positus est *tit.19*. 4. est de legatis & fideicommissis, ut quæ in testamentis relinquantur. Legata quidem semper: Fideicommissa vero plerumq; Huc pertinet *tit.20. cum 4 seq. 5*. & vlt. caput est de Codicillis, qui & ipsi sunt quasi quoddam testamentum, aut certè testamenti appendix quædam. Sub hoc igitur *tit.* (cui respondet pars *tit. D. Qui testam. facere poß. & quemadmod. testam. fiant. & tit. C. de test. & quomodo testamenta ordin.*) de sollennib. testamenti agitur. Sollennia sive sollennitates testamentorum dicuntur in *l.20. §.7. & 8. l. 21. §.1. D. qui testam. fac. poss. l.8. & l.19. C. de testam.* Nihilq; aliud sunt quàm forma & modus testandi, quæ pro diversis temporib. & secundum diversa jura variarunt, ut *infr.* intelligetur. Hodie nulla fere est civitas, quæ non legibus suis municipalib. certam quandam formam testamentis præscripserit. Initio autem paucis explicandum videtur tùm de origine testamentorum, tùm de definitione. Nam testamenta quod ἔτυμον habent dicetur ad init. *t.* De divisionibus quoque *infr.* commodius. Testamenta igitur alij adscribunt Juri Gentium secundum Theoph. *in tit.2. lib 1.* Alii juri civili. Rationes videantur in utramq; partem *apud Viglium in comm. ad h. tit.* Cuiac. *ad init. tit. Dig. qui testam. fac. poß.* distinguit inter ipsum testamentum & testamenti factionem, ut illud sit juris gent. hæc juris civilis *Iac. Menoch. consil. 20. nu.2. allegat. Bart. in l. interdum. D. de cond. in d. Castr. in l. testã di. C. de testa.* Alii volunt, Testamentũ quoad originem & substantiam suam esse juris gentium: quoad formam vero esse Juris Civilis, quam distinctionem aliàs quoque in promptu habere solent. Idq; autoritate etiam Ciceronis comprobari videtur *lib.3. de Fin.* Sed testamentum non esse juris gent. ipsa eius juris definitio docere potest *supr. lib.1. t.2.* tradita, quid scilicet apud omnes gentes peræquè custoditur. Iam vero Testamenta non fuerunt apud omnes gentes in usu Judæis. n. testari non licebat. Apud Græcos etsi Testamenta in usu erant ut ex Isocrate, Demosthene & aliis videre licet: Plato tamen in LL. iubet, ut morientes securi sint, quid de bonis suis post mortem suam futurum sit, idq; LL. permittant, quib. id curę sit futurum. Romanis quoq; facultas testandi primùm data est *l.12. tab. cuius* hæc referuntur verba: Paterfam. uti super familia pecuniaq; sua legasset, ita jus esto. *Fulv. Vrsin. ad Aurel. Augustin de ll. Vlp. tit.11. Reg. l.120. verbis. D. de V. S.* Unde & Cic. hoc argumento inter cætera probat, Archiam esse civem Rom. quia te-

stament.fecerit. Huc accedit, quod servus in testamento testis esse non possit §. *Testes.inf.h.t.l.20.§.7.D.qui testam.fac.poss.* Ubi & ratio, Quia juris civilis cõmunionem non habeat in totum *l.32.D.de R.I.* Quid quod deportatus, qui certè jus gent. retinet, testamentũ tamen facere non potest, *l.8.D.qui testam.fac.poss.* Quod cõstituit Imp. Tiberis teste Dione. Posstemò hinc quoq; argumentũ sumi potest, quod olim non nisi civili, i. e. Romana lingua testamentũ fieri poterat; ut a. alia quoq; v.g. græca lingua testari liceret, constitution. Impp. opus fuit, quæ id permitterent *l.21.§.ult.C.de testam.* Testamenti definitio extat *in l.1. D. Qui testam. fac.poss.* Est, inquit Modestinus, Voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, cum qua ferè convenit definitio Vlp. *tit. 20.* Genus in hac definitione cõtinetur sub illis verbis, Sententia voluntatis nostræ de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Differentia in verbo justa, quo testamentum discernitur ab aliis ultimarũ voluntatum generib. Sunt.n. multæ ac variæ ultimarũ voluntatum species, de quib. explicatur *ad l.ult.§.8.C. de codicil.* Nec necesse est, ut addamus definitioni hæc verba: Cum hæredis institutione: quod Accurs. aliiq; fecerunt ad excludendos codicillos aliasq; ult. voluntates. Ea n. verba satis intelliguntur, cũ dico Justa. Justa.n. tum demũ est, cũ quis secundũ Regulas Juris Civilis testatus est, *l. 4. D. Qui testam.fac.poss.* Quæ omninò in testamento observandæ sunt *l.13.C.h.t.l.55.de leg.1.l.15.§.1. D. ad l. Falcid.* Justa v. esse debet & ratione personæ testantis, ut scil. ea habeat testamenti factionẽ, de quo *inf. tit.12.* Deinde ratione sollennitatũ, quæ in numero testium, subscriptione, subsignatione aliisq; reb. positæ sunt, de quib. *infr.* & ratione institutionis. Ait Modestinus post mortẽ. Nam ut viventis nulla est hereditas *l.1.pro herede. l. 4.D.de hæred. vel act. vend.* Ita testamentũ quoq; post mortẽ demum vires suas accipit. Quod & Apostolus monet *in Epist.ad Galat & Isidor.lib.5.c.24.* Postquã scil. aliud velle testator non potest, & arbitriũ eius iterũ non recurrit, ut ait *l.1.C. de Sacrosanct. Eccles.* Vivo testatore nihil ex eius testamento debetur *l. 18. §. 1. D. de manum testam.* Nisi testator mortuus fuerit, nec confirmari testamentum potest, nec sciri, quid in eo scriptum sit, quia clausum & obsignatum est: ut ex jure civili scribit Lactantius *lib.4.c.20.* Imò qui vivi testamentum aperuerit, crimen falsi committ. *ut inf.* docebo *ad tit. ult.* Estq; voluntas ipsius ambulatoria usq; ad supremum vitæ exitum *l.4.D.de adim.leg.l.32.§.3.D.de donat.int.vir.& uxor.l.22.si quis.D.de leg.3.* Unde sæpe in Legib. reperias diei postremũ mentis judiciũ supremа hominũ judicia, *Sueton. Octav.c.66.l.52.§.9.idem resp. pro socio.* suprema vota deficientiũ, Ultima elogia defunctorũ, supremũ arbitrium postremum Judicium *l.9.C.qui test.fac.poss.l.15.l.19.l.22.23.Consulta divalia.l.30. C. de testam.l.4. C.qui testam.fac.poss.* Interdum etiam absolutè suprema, ut *l.36.militis.§.l.5.& ult.C. eod.* postremi judicii arbitrium *l. 19. si filiam. C. de inoffic. testam.* De Etymologia Testam. tradita à Servio vid. Agell. *lib. 6. c. 12.* & valla *lib. 6. Elegant. c. 48.* Quid sentiendum sit de huiusm. Etymologiis JCtorum, exposui *supr.* cũ de postliminio diceremus. Æq; ridiculè Isidorus *lib. 5. c. 24* Testam. ait vocatũ quia non valeat nisi post testatoris monumentum. Idem *eod. lib. 5. c. ult.* Tormenta dicta vult, quod torquendo mentem inveniant: Cum omnia huiusmodi verba sint

Ff 2 simpli-

simplicia, non composita: Tormentum, fragmentum, momentum, documentum, augmentum, ferramentum, salsamentum, cognomentum munimentum, monimentum, pigmentum, incrementum, argumentum, juramentum, figmentum. An autem & quando liceat argumentari ab Etymologia vide in Topicis legalib. Everh.

Ad §. 1. Sed ut nihil.

Solet Imp. in his Institut: ut antiquitatis aliquam cognitionem habeamus, etiam ea jura commemorare, quæ jam obsoleta sunt. Sic *infr. init. tit. de legat.* varia legatorum genera ex jure veteri affert. Sic init. *tit. infr. de obl. quæ ex del. nasc.* varias furtorum species, & hîc varia testamentorum genera, quamvis ea in desuetudinem abierunt. Possunt g. ex hoc *tit.* testamentorum istæ divisiones colligi *infr.* ut aliud sit testamentum Juris Civil. aliud juris prætorij; aliud mixtum ex duobus prioribus, ut ex Const. Impp. De alijs divisionibus *infr.* Testamentum Juris Civilis triplex est: Aliud enim erat quod in calatis Comitijs fiebat: aliud in procinctu, quorum illud in pace, hoc in bello fiebat: aliud denique per æs & libram. Priora duo genera Vlp. jam tum suo tempore abolita fuisse: tertium solum in usu mansisse testatur *lib. 1. regul. tit.* 20. & hoc est quod ait Imp. licet diutius permanserit, de quo *Gell. lib. 11. c. 27. Cic. 1. de oratore. & lib. 2. de Nat. deorum.* Exemplum huiusmodi testamenti est *apud Paterculum lib. 2.* Huius in locum videtur successisse testamentum militare, quamvis in quibusdam differant. Testamentum per æs & libram erat quod fiebat per mancipationem, id est, Civilem & imaginariam venditionem, quæ etiam interveniebat in filiorum manumissionib. *ut sup d. est §. præterea. tit. Quib. mod. jus pat. potest solv.* In eo adhibendi erant V. testes, & prȩterea libripens ac familiæ emptor. Ut de Quintil. in Declamat. Non dixerim, inquit, testamentum, cui libripens & Curator familiæ, & præterea jure necessaria deerunt. Cur V. testes adhiberentur ratio hæc esse videtur, Quia totus pop. Rom. cuius vicem repræsentabant hi testes, distributus erat in V. Classes, ut ex Livio constat *lib. 3.* & alijs locis. Ex una quaque g. classe unus eligebatur, ut ita in universum fierent V. testes. Hi etiam Classici testes inde dicebantur, teste Festo. Non rectè Conradus Heresbachius *Epitome Christianæ Iurisprud. Edicto 9. præcepti l.* 4. Classicos testes accipit, quasi dicas primæ classis & existimationis homines, & idcirco idoneos veritatis sponsores & omni exceptione maiores. Porrò familiæ emptor est emptor bonorum defuncti sive hæreditatis, Id enim hîc significat Familiæ verbum, ut quoque in *tit. D. famil. ercisc.* Quia vero hic Emptor nihil accipiebat ex bonis testatoris, sed omnia ad hæredem in testamento scriptum perveniebant, meritò ridetur à Plutarcho *in lib* 1. *de sera numinis vindicta.* Meminit eiusdem Clemens Alexandr. *lib. 5. στρωμάτ.* Sic Domitius Nero Imp. Neronis avus familiæ emptor fuit in testamento Augusti, *teste Sueton. in vita Neron. c.* 4. Hoc testamentorum genus abrogasse videtur *Imp. Constantin. in l. 15. C. h. t.*

Ad §. 2. Sed prædicta.

Dictũ est de forma & sollẽnitate testaměti ex jure civili: sequitur de testaměto ex jure prætorio. Edictũ g. prætoris ꝑ. 5. testib. req̃rebat 7. duob. scilicet additis in locum

locum libripendis & familiæ emptoris, eosq; testamentũ obsignare volebat. Alia sollennia, ut Mancipationem, non requirebat. Hoc testamentũ: quamvis Jure civili imperfectum & invalidum Prætor tuetur data bonorum possess. sec. tab. hæredi scripto *l.7.& 9.D.de bon.poss.sec.tab.l.2.C.eod.l.12.D.de injusto rupto.*

Ad §. Sed cum paulatim, & §§.seqq.2.

In testamento, quod mixtum appellamus, multæ requiruntur sollennitates, quæ iccirco diligentius observandæ sunt, quia hoc genere testamenti hodie ferè solùm communiter utimur. Possunt autem ferè constitui V. 1. ut uno contextu testamentum celebretur, ut *hic ait Imp.* sive uno contextu actus, ut ait *Vlp.in l.21.§.ult.D.Qui testam.fac.poss.* nullo actu alieno vel extraneo interveniente, quod quo pacto sit intelligend. docet Imp. *in l.28.C.de Testam.* Cui non obstat quod testator potest testament. alio tempore ab se aliove scriptum offerre testibus subsignandum & subscribendum si voluntatem suam clàm habere velit metu fortè insidiarum, quod testamentum Mysticum vocari solet, quasi dicat arcanum *l.21.C.de testam.* Ratio, cur testamentum uno contextu fieri debeat est, quia actus civiles & sollennes debent esse continui, *arg.l.1.& l.137.in pr.D.de V.O.* 2. requiritur, ut VII. Testes adsint, qui numerus est ex jure prætorio, & quidẽ testes rogati esse debent, non vero fortuiti *Auth. rogati. C. de testam. Nov. 90. c. 2.* Aut certè si alterius negotij causa convenerint certiorari debent de testamento faciendo. *l.21.§.1.D. qui testam.fac.poß.* Cui non obstat *l.11. D. de testib.* Ubi testis etiam non rogatus probat. ℞. Ea l. intelligenda est de teste rei gestæ, qui forte fortuna adfuit, non autem de teste in testamento, & quidem durare debent ad supremam usque contestationem; si inviti detineantur, non valet testamentum. *l.30.§.ult.D.qui testam.fac.poß.* Remittitur tamen necessitas simul conveniendi, si morbus sit contagiosus, v. g. Tempore pestis *l. 8. C. de testam.* Quam l. vulgo non rectè accipiunt, quasi omnia sollennia in testamento pestis tempore facto negligere liceat contra expressa eius l. verba. Vide *Andr.Gail.lib.2.obs.c.118.num.18.* Si unus defuerit de 7. testibus, jure deficit testamentum *l.12. C. de testam.* In quo discrepat jus Canonicum à civili. Illo enim jure valet testamentum coram 2. testibus & presbytero factum *c.10.extr.de testam.* Nititur Pontifex hac ratione, quod scriptum sit *Deut.17.& 19. Matth.18.* Quod in ore 2. vel 3. testium stet omne verbum. Sed ea regula tum demum vera est, cum numerus testium non adjicitur *l.12.ubi numerus.D.de testib.* Hic autem VII. testes expressè tot legibus requiruntur *d.l.8.12.21.26.28.30.& ult. C. de testam.* Ratio redditur *in l. ult. C.de fideicõmiss.* Ne quid scilicet falsitatis incurrat per duos fortè testes incompositum testamentum. Præterea tradunt Dd. c. illud tantùm in terris Ecclesiæ, id est, in ditione Papæ obtinere; in terris Imperij non item; sed hìc valere jus civile, Ita Everh. in loco à Ratione legis larga. Quid g. si plures adhibeantur? Respond. Id non nocet. Superflua enim nocere non solent. *Paul.lib.3.sent.tit.4.l.17. C.de testam.* 3. Requiritur subscripto testium & quidem proprio chirographo facta. *l pen.D.qui testam.fac.poß.* Et hoc introductum est constitutione Theodosij *l.21.C.de testam.* 4 Requiritur, ut ipse quoque testator subscribat, aut saltem nomen heredis exprimat, nisi sua manu totum testamentum scripserit, quod

 hologra-

holographum dici solet, *teste Valentin. Imp. Nov. 2. & Isidoro lib. 5. c. 24. l. 28. §. 1. & l. seq.* C. *h. t.* Si literas nesciat testator, octavus subscriptor adhibendus est *d. l. 28. & Auth. seq. Nov. 119. cap. 9.* 5. Requiritur subsignatio testium, unde & signatores sæpe dicuntur *l. 4. 6. & 7.* D. *Testam. quemad. aper. l. 22.* D. *de testib.* Subsignatio hîc non significat subscriptionem ut apud vett. JCtos *in l. 39. subsignatum.* D. *de V. S.* sed signi impressionem. Ea fieri potest vel proprio vel alieno, etiam testatoris annulo seu signaculo *§. 5 possunt. h. t. l. 22. §. 2. & seqq. D. qui testam. fac. poss. l. 21.* C. *de testam.* Hæc sollennitas est ex jure prætorio, utraque inquam, requiruntur conjunctim & subscriptio & subsignatio. Quod si alterum desit, testamentum pro infecto habetur *d. l. 21.* In eo autem differunt, ut dixi, quod subscriptio proprio tantum chirographo fieri dicitur: subsignatio etiam alieno nomine fieri potest. Annuli signatorij mentio fit *in l. 74.* D. *de V. S. l. 25. §. 10. ornamenta. D. de auro & arg. legato.* Potest autem fieri subsignatio etiam noctu *l. 5. & d. l. 22. §. pen.* D. *qui testam. fac. poss.*

Ad §. 6. Testes autem.

Dictum est ad sollennia testamenti requiri 7. testes: Exponendum igitur jam est, quinam testes in testamento adhiberi possunt, qui non, quod Imp. deinceps facit usque *ad §. nihil autem interest.* Tenenda est autem hæc regula, Testes in testamento esse posse omnes eos, qui non prohibentur, sive quibus non est interdictum testimonium *arg. l. 1. §. 1.* D. *de testib.* Deinde hoc quoq; observand. est, conditionem testium spectandam esse eo tempore, quo fit testamentum, non vero tempore mortis *l. 22. §. 1.* D. *qui testam. fac. poss.* Prohibentur autem 1. cum quibus non est testamenti factio, ut hic à contrario sensu. Tales sunt peregrini, deportati, &c. Hæc aũt locutio, esse cum aliquo testamenti factionem vel non esse, 2. modis in jure accipitur, 1. de eo, qui facultatem & jus habet testamenti fac. 2. de eo, qui ex testamento alterius aliquid capere potest, vel alteri acquirere, licet ipse testamentum facere non possit: quomodo hîc accipitur *& ap. Vlp. Vlp. tit 20. §. 7. vid. §. in extraneis. verf. Testamenti autem. inf. de hæred. qualit. & differ. l. 16 in pr.* D. *qui testam. fac. poss.* Deinde Testes esse prohibentur Mulieres, *l. 20. §. 6. mulier.* D. *eod. Vlp. tit. 20. §. 6. Mutus.* Aliàs autem ut in contractibus, in judiciis mulier testis esse potest *d. §. mulier & l. 18.* D. *de testib.* Quod tamen & ipsum Leo Imp. prohibuit *Nov. 48. vid Hotom. Illustr. quæst. Harmenop. lib. 1. tit. 6.* Interdum g. potest aliquis in judicio esse testis, qui non potest in testamento, ut Mulier: Interdum contra potest aliquis esse testis in testam. & non potest in judicio: ut hæreticus *l. pen. C. de hæretic.* sed numquid mulier in Codicillis testis esse poterit? Quæritur de Hermaphrodito, an ad testimonium adhiberi possit? R. *l. 15. §. 1.* D. *de testib.* Spectandum esse uter sexus prævaleat in eo, *argum. l. 10.* D. *de statu hom.* Præterea impubes testis esse non potest, *ut hic & d. l. 20. in pr.* Neque id mirum est, nam propter infirmum animi judicium & lubricum consilium pupillus nec in ullo alio negotio testis esse potest *l. 3. §. 5. l. Iulia. l. 19. §. 1.* D. *de testib.* Servus quoque testis in testamento esse non potest *d. l. 20. §. 7.* ubi & ratio redditur, quia servus civilium, quale est & testamentum non fit capax *l. 32.* D. *de R. I.* Testamentum enim debet fieri coram 7. testib. civib. Rom. puberib. præsentib. Est & alia ratio, qui

quia servi non habent jus annulorum. Servus tamen non prohibetur scribere testamentum jussu testatoris *l. 28. D. qui testam. fac. poss.* Ratio est, quia scribere est naturale. Naturalia autem etiam in servum cadunt. Quæritur, an servus in aliis negotiis testis esse possit, & quidem simpliciter Terent. ait, Servis testimonij dictionem non esse, & *l. 10. C. de testib. cum Authent. seq.* liberos requirit testes, sed interdum quoq; servi responso credendum esse docet *l. 7. D. de testib.* in casu scil. necessitatis, cum aliæ probationes deficiunt, quibus veritas eruatur. Hoc amplius Furiosus testis esse non potest, & qui ei comparari solet, prodigus sive is, cui bonis est interdictũ *l. 1. D. de curat. furios.* Furiosus enim pro absente & dormiente haberi solet. Si tamen inducias & intermissionem sive dilucida intervalla furoris habeat, eo tempore testis adhibere potest *d. l. 20. §. 4. nec furiosus. D. qui testa. fac. poss.* Nam & ipse furore intermittente testam. rectè facit *l. 9. C. eod.* De prodigo ratio redditur, in *l. 18. D. qui test. fac. poss.* Quia testamenti factionem non habet. Mutus etiam & surdus, quia pro absentibus habentur, testes esse non possunt. Ille enim testimonium prohibere, hic testatoris vocem exaudire nõ potest; nec obstat quod *d. l. 20. §. pen.* ait, sufficere si vel sensu percipiat quis cui rei adhibitus sit testis. Hoc intelligendum est de eo, qui audit quidem & loquitur, sed intelligentiam non habet sermonis eius, quo testator utitur. Quæritur de Cœco, an possit testis adhiberi, & quidem videbatur non posse, *arg. l. 9. C. de testa.* in verbis. In conspectu testatoris: sed cum hæc verba aliter accipi possint, nimirum de præsentia, non autem de aspectu, & cum nusquam prohibeatur cœcus, adhiberi potest. Præterea testis esse non potest, quem ll. jubent improbum intestabilemq; esse. Ratio est, quia hîc est infamis. In testibus autem requiritur dignitas, fides, gravitas, boni mores, honesta & inculpata vita *l. 2. & 3. D. de testib.* Intestabilis est, cuius testimonium non recipitur vel secundum quosdam etiam is, cui testimonium non datur *l. 26. D. qui testam. fac. poss. Gell. lib. 6. c. 7. & lib. 15. c. 13.* Talis est v. g. ob carmen famosum dãnatus pactusúe *d. l. 18. §. 1. D. d. t. l. 21. in pr. D. de testib. l. 4. §. ult. de his qui not. infam.* Tales item sunt damnati judicio publ. *l. 3. §. 5. l. Iulia. D. de testib.* ut Repetundar. adulterij, *l. 14. & l. seq. D. de testib. d. l. 20. §. 5. D. qui testam. fac. poss.* Quæritur, an calũniator testis esse possit. De eo est *l. 13. D. de testib.* ubi homo integræ frontis opponitur ei, cuius fronti ex lege Remnia impressa est litera, quæ significat ipsum calumniatum esse. De qua lege *Cic. pro Roscio & Plin. in Paneg.* Qualia stigmata faciei inuri prohibuit Cõstãtinus *l. 17. C. de poen.*

Ad §. Sed cum aliquis.

Dictum est, servum non rectè testem adhiberi testamento. Eius quasi exceptio & declaratio quædam hic additur. Nisi omnium opinione & consensu hic servus tempore testamenti facti pro libero homine habitus fuerit. Non enim vitiatur Testamentum etiamsi postea appareat eum fuisse servum *ut hic & l. 1. C. de testam.* Observandum est autem id esse ex benignitate seu liberalitate Impp. cõtra strictum jus secundum quod inutile esset tale testam. opinio enim horum nõ potest mutare rei veritatem. Huc conferri potest *l. 3. Barbar. Phil. D. de offic. præt.* in qua quæritur; an acta à servo, qui se pro libero gerebat & Romæ ad præturam pervenerat, rata sint, de qua L. videatur *Hotom. Illustr. quæst. 17.*

Ad §. Pater. & §. sequent.

De Testibus, qui ex eadem domo producuntur, hæc traditur regula, seu potius distinctio. In testamento alieno pater & filius itemque plures fratres in ejusdem potestate testes adhiberi possunt *ut hic & l.17.D.de testib.l.22.in pr.D.qui testam.fac.poss.Vlp.tit.20.* In testamento autem proprio, idest, cum pater ipse vel filiusfam. vel frater testatur (intellige de castrensi peculio) hi inter se alter alteri testes esse non possunt. Testimonij enim domestici fides improbatur, *ut hic & l.2.C.de testam.l.pen.D.eod.* Ratio est, quia quodammodo in re sua testimonium perhiberent. Nemo autem idoneus testis est, ut neque judex in re sua *l.10. D.de testib.l.9.C.eod.* Unde fit, ut neque pater filio, neque filius patri testis sit idoneus *l.9.D.d.t.* cum eadem persona esse intelligatur. *§.si quis alij.in fin.inf.de inut.stipul.* De Filio est hæc ratio, quia pater illi imperare posset, ut testis fieret, quales non videntur idonei, *l.6.D.de testib.* An autem frater possit esse testis in causa fratris, Vide *Duar.lib.disp.c.25.* cuius sententiam rejicit Donellus *in lib.de testib.c.3.vid.& gl.& Innocentius ad c.25.ext.de offic.legat.& gl.in c.14.ext.de præsent. Panormit.ad d.c.25.num.7.& ad d.c.14.num.1.Lud Rom.cons.486.* Sed quod dictum est, Patrem non posse testem esse in testamento Filijfam.testantis de peculio castrensi, ei obstare videtur *l.20.§.2.per contrar.D.qui testam.fac.poss.* ℞. Eam intelligendam esse de testamento facto à filiofam.adhuc milite, jure militari, in quo, ut infrà dicetur tit. prox. aliæ quoque sollennitates non exiguntur; sed textus noster accipiendus est de eo, quod factum est jure communi.

Ad §. Sed neque hæres.

Hic §. cum seq. sumptus est ex *l.20 in pr.D.qui testam.fac.poss.* Quæritur autem de illis quibus in testamento aliquid relinquitur, ℞. per distinctionem. Aut enim ij sunt hæredes, aut legatarij, quibus comparantur fideicommissarij singulares: sicut universales similes sunt hæredibus §. restituta inf. de fideicommiss.hæred. Et hæres quidem etsi olim testis esse poterat, sicut Cicero pro Milone testatur, se testamentum Cyri architecti, in quo hæres scriptus erat, unà cum Clodio obsignasse: Hodie tamen neque ipse testis esse potest, neque ij quos in potestate habet, *ut hic & d.l.20.in pr.* Ratio est, quia cum totum negotium geratur inter testatorem & hæredem, videretur jus & testimonium sibiipsi dicere in sua causa, quod est contra regulas juris sup. expositas. Est & hæc ratio, quia heres repræsentat hodie imaginem antiqui familiæ emptoris, qui testis esse non poterat. *Vlp.d.t.20.* Olim inquam poterat hæres & qui in potestate eius erat testis esse in testamento: Tantum ei suadebatur à JC. & legib. ne hac potestate abuteretur ad crimen scilicet falsi & subiectiones testamentorum. Hæc suasio ll. in necessitatem hodie conversa est, ut & alias factum. Suadere enim non est propria virtus legis, sed imperare & vetare *arg. l.7.D.de legib.* ὁ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν: *inquit Aristoteles.*

Ad §. Legatarius autem.

Legatarij & fideicommissarij singulares possunt esse testes in testamento.

Non

Non enim prohibetur testator pro suo libitu relinquere testibus, aut etiam scriptoribus testamenti, quod voluerit. *l.22.C.de testam.l.14.D.de reb. dub. l.3 C. Theod.de testam.* Nam & scriptor, ut Notarius, in eodem testamento testis esse potest. *l.27.D.qui testam.fac.poss.* De legatariis vid. *Symmach.lib.10.Epist.55.* Ratio differentiæ inter heredem & legatarium hîc redditur in textu, quam exposui supra.

Quæro hîc obiter, quia dixi Notarium posse in testamento esse testem, an is in numero VII. testium computetur, an extra illum adhibeatur. Et quanquam Jure Justiniani VII. testes præter Notarium adhibendi sint testamento: *gl.Salic.& communiter* DD. *in l.hac consultißima. C. de testam.* verb. octavum: Tamen novissimo jure, hoc est, constitutione Imp. Maximil. I. Coloniæ edita anno 1512. De Notariis, tit. De Testamentis, Notarius comprehenditur in numero VII. testium. *Vid. & Dani.Mollerum civem meum lib 4 Semestr. cap.15.*

Ad §. Nihil autem interest.

Ait, Testamentum in qualibet materia scribi posse. Idem dicitur in *l.1.in pr.D.de bon.poss l.2.§ 2. D. Testam. quemadmod. aper.* Etsi enim initio in tabulis ceratis testamenta scribi solebant: Postea tamen paulatim alia quoque materia testatores uti cœperunt, ut charta, Membrana, Corio animalium, libris arborum: Tabulas autem lino traicere solebant & ligare. *d.l.1.§.10. D. de bon.possess. sec.tab.l.30.§.ult.C.de testam.l.28. §.1.Testamento.D.de liber.legat.l.3.§.si quis.23. D.ad SCtum Sillan.* vel etiam linteo involuere. *l.22.§.ult.D.Qui testam.fac.poss.*

Ad §. Sed & unum.

Hæc sumpta sunt ex *l.24. D. Qui testam.fac.poss.* Potest testator unum & idem Testamentum pluribus codicibus sive exemplaribus conficere. Idem ait *l.10.D.Testam.quemadm. aper.& l.1.§.5 si quis in duob.D.de bon.poss.l.ult. D. de his quæ in testam.del.* Dices neminem posse duobus testamentis decedere, excepto milite. *l.19.D.de Testam milit.* Resp. Hîc unum esse testamentum: Nec mutat quod plura sint eius exemplaria, cujus rei causa est ne testamentum facilè pereat inter peregrinationum & navigationum pericula aliosque casus: sed ita demum eandem vim & auctoritaté duo vel plura exemplaria habent, si omnia peræquè à testibus subscripta & subsignata sint, ut hîc *verb. Secundum obtinentem tamen observationem*, &c. Id nisi fiat, etiamsi testamentum in pluribus codicibus describatur, tamen unum tantùm erit autographum & reliqua omnia erunt copiæ seu transsumpta: quibus licet apertis non tamen censetur apertum ipsum testamentum. *l. ult. D.Testam. quemadm. aper.* & ita intelligendus est *§.7 sed si unum in d.l.1.D. de bon.poss.*

Ad §. ult. Sed hæc quidem.

Ut jus aliud est scriptũ, aliud non scriptũ, *sup.de jure natur.gentium & civili.§. constat aũt l.6.§.1.D.de just.& jure.* Ita testamentũ quoq; aliud sit in scriptis, aliud sine scriptura, quod Nuncupatiuum dicitur. Et hæc igitur secunda est divisio Testamenti. Hinc hæres alius dicitur scriptus, alius nuncupativus. *l. 1. §.1. D. de hared.*

instituere. *l.6 & 17. in pr.* D.*h.t.* 6. Miles etiam mutus & surdus potest, ut vult, testari. §. *Quin immò infr. h.t.l.4.D.eod.* 7. Potest in testamento suo relinquere aliquid, cui voluerit, etiamsi is ex testamento pagano capere non possit. *l.13.* §. 2. *& deportati.* D.*h.t.l.5.*C.*eod.* 8. Potest etiam extraneis hæredibus substituere directè in casu mortis *l.6.*C.*h.t.l.5.D.eod.* 9. Si miles filium aut postremum sciens prætereat, præteritio est loco exhæredationis *l.7.& 9.* D.*h.t. l.9. & seq.* C. *eod.* 10. Testamentum militis non subjacet querelæ inofficiosi *l 27.*§ 2. D. *de inoffic. testam.l.9.& 24.* D.*h.t.* 11. In testamento militis cessat lex Falcidia *l.12.* C. *h.t.l. 17.§.ult.*D.*eod.* 12. Militis testamentum non fit irritum capitis diminutione testatoris. § *Denique inf.h.t.l.22. & seq.* D. *eod.* 13. Miles filio testamentum facere potest, quamvis sibi non fecerit. *l. 41.* §. *ult.* D. *h. t.* 14. Miles in codicillis ad testamentum factis etiam hæreditatem dare potest. *l.36. in pr. D.h.t.* 15. Etiam damnatus ob delictum militare, tamen de castrensibus bonis testari potest. *l.* 11. D.*h.t.l.13. C.eod.* Sed quo jure testabitur? utrum communi, an militari tantum? Et magis est ut tantum militari privilegio, cui hoc casu renuntiare non possit. *dd.ll.& l.6 §.6.sed etsi quis.*D.*de injusto rupto.* 16. In testamento militis etiam mulier potest esse testis, ut voluit Accursius, sed id non videtur probandum. 17. Testamentum militis valet etiamsi notis scriptũ sit. *l.46.in pr.*D.*h.t* 18. His adde, quod inter milites valet pactum περὶ ἀλληλοκληρονομίας, id est, de mutua inter se successione. *l.licet.17.C.de pact.* & ibi copiosè Dd. qui non rectè eam etiam ad alios produxisse videntur, licet consuetudo passim ipsorum traditiones sit secuta. Quæ omnia secus habent in paganis. Sunt autem hæc privilegia ab Impp. concessa militibus, ut hîc *in pr. & l.1.*D. *eod.* ut ipsorum testamentum juris vinculis non subiiciantur. *l.3.C.h.t.* ut valeant, etiamsi scriptura non contineat juris observationem. *l.14 C. eod.* Ut eorum testamenta sola voluntate perficiantur. *l.35.D.h.t.* Item, ut quoquo modo facta à militibus testamenta rata sint. *l.1.& 24.* D.*eod.§.planè.inf.h.t.* Ut militis voluntas pro jure servetur. *l.1.C.h.t.* Hæc prærogativa milit. privilegii, ut in *l 7.C.h.t* dicitur, istis quoque loquendi formulis exprimitur passim, Quomodo volent & quomodo poterunt, testentur *l.1.in pr.l. 40.in pr l.ult.D.h t.l.1.13.15.& pen. C.eod.l.unic de bon. poss. ex testam. milit.* §. *sed hactenus.inf.h.t.* Ratio hujus legis est nimia militum imperitia, *ut hic in pr. & l.3. C.eod.* ubi simplicitas militaris dicitur. Nam milites arma potius quam leges vel jura scire est verisimile. *l.22.C.de jure delib.* Quo pertinet quod de Romulo scribit Ovid. eum habuisse majorem cognitionem armorum quam siderum & Fastorum seu temporum anni. Scilicet arma magis quam sidera, Romule, noras. Et insignis ad hanc rem locus est apud *Corn.Tacit.in vita Iul. Agricolæ:* Plerique crediderunt militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia castrensis jurisdictio secura & obtusior, ac plura manu agens, calliditatem fere non exercet. Copiam quoque non habent consulendi peritiores, dum in necessitate expeditionũ constituti sunt, Exemplũ ignorantiæ juris est in *l.40.§.ult* D.*h.t.* ubi miles servã suã hæredẽ instituens sine mẽtione libertatis, nescit ei libertatẽ competere ipso jure. Altera quoq; ratio est, ut militum pericula, quæ pro patriæ defensione adeunt & benè merita hoc præmio afficerentur. *arg.l.26. in fi.* D.*h.t.* Sed ut hoc privilegiũ

post missionem, quàm extra necessitatem expeditionis, ut & supra dictū. Testamentum tamen in militia factum jure militari valet eodem jure etiam post missionem intra annum. Post annum verò ad beneficium principale pertinere desinit. *l.17.§.ult.l.21.26.28.D.h.t. l.5.C.eod.l.17.& 92.*D. *ad L. Falcid.* Sed intelligenda est missio vel honesta vel causaria. Nam ignominiosè missus militia perdit hoc privilegium, quod præmii loco tributum est merentibus. *l.26.D.h.t.* Esse autem triplicem missionem supra docuimus. §.*Idem & in milite.de excus.tut.*ex *l. 2.§.2.D.de his qui not.infam.l.8.D.de excus.l.13.§.3. D.de re milit.* Si verò conditio in eo testamento hæredi adscripta post annum demum extiterit, nihilominus testamentum valet jure militari, *ut hîc vers. Quid ergo.& l.38.in pr. D.eod.* v.g. Si miles testator ita dixerit, Sempronius hæres meus esto si consul factus fuerit, vel si ex Asia navis venerit. Miles mittitur militia & moritur intra annum, Sempronius autem fit consul, vel navis ex Asia venit demum post annum. Nihilominus ad Sempronium pertinebit hæreditas. Non pertinet autem hoc animi beneficium ad eos, qui non mittuntur, sed successores accipiunt. *l. 20. & seq.* D.*de testam.milit.*

Ad §. Sed & si quis.

Dictum est, Testamentum in militia factum jure militari valere intra annum etiam post manumissionem. Quid ergo juris est de testamento ante militiam facto non observatis solennibus, confirmatúrne ab subsequente militia. Resp. Tacitè ipsoque jure per militiam non confirmatur, sed nova militis voluntate opus est, de qua quidem constet aliquo indicio & signo ac declaratione, v.g. si miles testamentum illud resignârit ac relegerit, vel aliqua parte mutarit & rursus obsignarit. *l.9.§.1.l.19.§.2.testamento.l.20.§.1.l.25. & 38.in fi.D.h.t.l.8.§. 4. simile 53.D. de jure codicill.*

Ad §. 5. Denique & Si.

Testamentum militare non fit irritum capitis diminutione testatoris, V. g. Si se arrogandum dederit, cum esset paterfam. vel si in adoptionem detur, aut emancipetur cum sit filiusfam. *ut hîc & l.22. & l seq. D. eod.* In quo differt à pagano, cujus testam. Capitis diminutione fit irritum. §. *alio autem inf. Quib. mod. testam infirm.* Illud hîc postremò quæri potest: An hæc privilegia etiam hodie ad nostros milites pertineant. Resp. Si pro patria pugnent pertinere. *Vide Viglium hîc Zasi. consil.6. Franc. Zoannet. in Tract. De Rom Imperio nu. 51. cum multis seqq. (ubi variè tamen distinguit) & Ioh. Vaud.lib.1. quæst. juris cap. 55.*

Ad §. Ult. Sciendum.

Dictum est, Quomodo milites testentur, & quidem, etiamsi sint filij fam. in potestate patria, tamen eos de peculio castrensi testari posse. Hîc igitur obiter jam de ijs, qui habent peculium quasi castranse, Eos ait Imp. testari quidem de eo posse, non tamen jure militari, sed communi. Illud Justin.

 permisit

permisit omnibus illis *l.ult.§.1.C de inoffic.testam.* Cum olim quibusdam tantùm id licuisset. Plura de hoc peculij genere dixi *sup. Ad tit. Per quas personas.*

AD TIT. XII. QUIBUS NON EST permissum facere testamentum.

PRima semper cura & inspectio esse debet, cum de testamento jure quæritur, An Testator habuerit testamenti factionem. Nam si non habuerit, tabulæ testamenti nullæ sunt, etiamsi cætera omnia in illis sint observata, *l.4.& 19. D. qui testam.fac.poss. l. 14. D. de jure codicill.* Commemorantur itaque sub h.tit. (*cum quo congruit tit.D. & C. qui testam fac.poss.*) ij, quibus non licet testamentum facere, ut intelligamus, reliquos omnes testandi jus habere, quibus illud non est ademptum expressa aliqua lege, quemadmodum & sup. dict. de iis qui testes adhiberi poss. in testamento, *arg.l.12.D.de iudic.& l.8. D. de accusat.* Sunt tamen & alij quidam hîc omissi quibus testamenti factio non datur, qui ex tit. D.& C. petendi sunt, & de iis infra dicetur ad finem tit. Initio autem illud observandum est, Testatoris conditionem duobus temporibus spectandam esse, Testamenti faciendi & Mortis. *l.1.§.8. ex. git. D. de bonor poss.sec. tab.* Quod secùs esse diximus in persona testium & testamentorum. Horum enim conditio tantùm testamenti tempore inspicitur: si quid postea illis accedat hoc testamenti jus non mutat.

Ad init. tit. Non tamen.

Primùm igitur testari prohibentur, qui alieno juri & potestati subjecti sunt, ut servi & filiusfamil. De servo cum res sit perspicua, pluribus hîc non explicatur. Nullam enim juris civilis communionem habet servus, ut *sup. dict. tit. prox.* Neque etiam bona habet, de quibus testari possit. Olim tamen servus publicus pop. Rom. de dimidia peculii sui parte testari poterat. *Ulpian.tit.20.§. ult.* De filiofam. est & *l 6.l.16.in pr.& l.19.D. Qui testam.fac poss.l.pen. C. eod.l.25. §.D.1.de mort.caus. donat.Ulpian.d.tit.20.§.filiusfam.& sup.tit prox.§ 1.& ult* Ratio est, tùm quia filiusfam. nihil suum habet, de quo testari ac disponere possit. *Ulp.d.loco*: quippe qui omnia patri adquirat: tùm quia testamentum filij pendere videretur ex arbitrio alieno, id est patris: cum jura testamentorum per se firma esse oporteat. *l 32.in pr.D.de hær.instit.* tùm denique quia lex XII. Tab. requirit expresfè, ut testator sit paterfam. Sic enim ait: Paterfam. uti lega sit, ita jus esto. Quid ergo, inquies, si pater permittat filio, ut testetur? Tum certè habebit, de quo testetur. Resp. Ne tum quidem poterit, ut hîc, & *d.l.6.D. Qui testa. fac.poss.*

Quia testamenti factio, non privati, sed publici juris est. *l.3.D. Qui testam. fac.poss.* Id est, facultas testandi de pecunia sua legibus certis permissa est, ut ait *l.13.C.de testam.*

Privati

Privati autem non possunt juri publico derogare. *d.l.13.& l.15.§.1.D. Ad L. Falcid.l.20.D.de relig. & sumpt.fun.l.45.§.1.D.de R.I.* In eo igitur differt Donatio mortis causa à testamento, quod illam permissu patris filius facere potest; hoc non item *l.7.§.pari autem ratione.D.de donat.d.l.25.§.1.D.de mort. caus.donat.* Sicut etiam filiusfam. vovere potest ex auctoritate & voluntate patris. *arg.l.2.D.de pollicitat.*

Ergò mortis quidem causa donare potest, cui permissum est testari. *l.32.§.similes.D.de donat.int. vir. & uxor.* Non autem contrà. Ratio iam intelligitur ex superioribus, Quia mortis causa donatio est juris privati; Testamenti autem factio est juris publici, quod privatorum conventionibus mutari non potest.

Testamentum igitur à filiofamil. factum non valet ab initio. Quæritur autem, an convalescat, si filiusfamil. postea factus sit paterfam. & sui juris? Et ait Imp. manere inutile, licet suæ potestatis factus decesserit. Idem ait *l.19.D.Qui testam.fac.poss.*

Ratio est, Quia quod ab initio est inutile, non potest tractu temporis convalescere. *l.29.l.201.& l.pen.D.de Reg Iur.* Non solùm autem testamentum facere non potest filiusfam. sed nec codicillos. *argum.l.6.§.codicillos.& l.8.§.codicilli.D.de iu.codic.* Excipitur filiusfam. miles vel etiam veteranus, cui ut liceret testari de peculio castrensi, constitutionibus Imperatorum permissum est, ut hìc, & *l.26.§.1.D.de testam.mil.l.1.§.in filij.D.Ad SC Trebell.l.ult.C.de inoffic.test.l.6.§.2.C.de bon.quæ lib. Vlpian.d.tit.20 § filiusf.am.Iuvenal.Satyr.ult.* Olim militantibus tantùm hoc privilegium dabatur; hodie etiam veteranis. In castrensi enim peculio filiusfam. pro patrefam. habetur. *l.6.§.ult.D.de injust.rupt.l.3.C.de castr.pec.l.2.D.Ad SC.Maced.* Ergo & dum vivit, peculium castrense ita eius proprium est, ut de eo statuere possit, quod vult, nec pater id ei adimere possit: nec creditoribus patris id vendere aut occupare liceat: neque fratribus suis post mortẽ patris conferre cogatur, sed præcipuum habeat: Et moriturus de eo testari potest, ita quidem, ut non possit testamentum per querelam inofficiosi testamenti impugnari. Sed sciendum est, eum extra expeditionem jus commune sequi debere. Quid ergo si intestatus moriatur? Resp. Aut liberos relinquit, & hi omnibus aliis in successione præferuntur: Aut fratres, & hi cum patre æquis portionibus succedunt. *Nov.118.& dicam inf.ad tit.1.lib.3.* Aut denique nullos neque liberos neque fratres, sed patrem solum, reliquit: Et tum pater occupat totum, non jure hæreditario sive tanquam hæreditatem, sed jure peculii. Id enim hìc vult Imp. cum ait, Jure communi: & *l.14.in pr.D.de cast.pec.* Jure pristino. Idem ait *l.1.& 2.D.eod.& l.pen.C.eod.lib.12.* Quæres, quid refert, pater accipiat peculium castrense filiifam. tanquam peculium, an verò tanquam hæreditatem? Resp. Plurimum interest.

Primò enim si tanquam hæreditatem acciperet, aditione opus esset, sine qua hæreditas non adquiritur. In peculio autem non est opus aditione aut facto aliquo; sed ipso jure id apud patrem remanet.

Secundò,

Secundò, si patrem diceremus accipere jure hæreditario, teneretur creditoribus filiifam. ad solvendum æs alienum, ut quilibet hæres, & quidem in solidum, si non adeat cum beneficio inventarij. Jam verò non nisi peculio tenus illis tenetur. §. *praterea. inf. Quod cum eo qui in al. pot.* Quæ de castrensi peculio diximus, eadem omnia etiam de Quasi-castrensi accipienda sunt. Sed quæritur hîc, An filiusfam. etiam de aliis bonis, ut Adventiciis quibusdam, quæ ad ipsum pleno jure pertinent, testari possit. Id quidam ajunt, ut Decius *ad l. pen. C. qui testam. fac. poß. Ioan. Vaudus lib. 1. quæst. jur. c. 1.* Sed verior est negantium sententia, quam tuentur Viglius & Schneidevvein hic, eaque nititur expressis verbis, *d. l. pen.* Postremò hîc observandum, Optimi Imp. cognomen non frustra tribuere Justinianum Trajano. Nam id à Senatu ei datum est, *ut ex Plinij Paneg. & alijs constat.*

Ad §. Præterea.

Secundò testamentum facere non potest Impubes sive pupillus: id est, masculus qui XIV. fœmina quæ XII. ætatis annum nondum complevit. *l. 5. & l. 19. D. qui test. fac. poß. l. 4. C. eod. l. 2. C. Quan. provoc. non est necess. Vlp. d. tit. 20. §. impubes.* Ne quidem si miles ac tribunatum numerorum meritus sit *l. 4. & l. ult. C. de testam. mil.* Ratio, Quia nullum aut certè nondum plenum animi judicium habet. *ut hîc, & Vlp. d. loco.* Fœminæ tamen etiam post 12. annum tutoris auctoritatem adhibere cogebantur. Erant enim in perpetua tutela. § *pen. Vlp. d. tit. 20.* At vestalis etiam impubes testari poterat, *teste Gellio.* Quæritur de Spadone, an & quando is testamentum facere possit? Et olim quidem anno 18. id est plena pubertate, quo tempore plerique pubescunt. *Paul. lib. 3. sent. tit. 4.* Sed hodie etiam ipsi anno 14. completo, ut quilibet alii. *l. 5. C. qui test. fac. poß.*

Tertiò prohibetur *furiosus. ut hîc. & §. 1. in fi. inf. de inof. testam.* Ratio expedita est, Quia mentem non habet, *ut hîc dicitur, & Vlp. d. tit. 20. §. mutus.* Quasi diceret Imp. & JC. Testamentum est mentis & voluntatis nostræ contestatio, *ut sup. tit. 10.* dictum in ejus definitione. Ergo fieri non potest ab eo, qui mente & ratione caret. Idem igitur ob eandem causam dicendum est de mente captis sive dementibus. *l. 17. D. qui testam. fac. poß.* Hi enim furiosis æquiparantur & à pari procedunt cum illis. ut docet *Parisi. consil. 88. n. 6. 7. & 38.* Sed ab his ambobus plurimum differunt ij qui vocantur grossolani, id est, qui sunt rudes, tardi, habeti atque obtuso ingenio. ut ibid. num. 37. & 39. Ideoque grossolani tales possunt testari: Furiosi, insani, & mente capti non possunt. Corporis quidem sanitas & integra valetudo in testatore exigenda non est. Unde etiam qui manus amisit, testari tamen potest. *l. 10. D qui testam fac. poß.* Sed sinceritas & integritas mentis omninò necessaria est. *l. 2 & d. l. 17. D. qui test. fac. poß. l. 3. C. eod. l. ult. in pr. D. de injust. rupt.* Sed in furioso adhibenda est distinctio, *de qua & sup. d. ad tit. de testa. ord.* Aut enim furor est perpetuus, aut habet intervalla seu remissionem atque inducias. Illo laborans, nunquam; hoc, per intervalla testamentum facere potest. *l. 9. C. qui testam. fac. poß. Paul. d. lib. 3. sent. tit. 4. §. furiosus.* Testamentum verò ante furorem factum furore superveniente non infirmatur. *ut hîc, vers. certè. & l. ult. D.*

ult. D. *de iniust. rupt* *l.*1.§.9.*si quis.D.de sec. tab.* Sicut nec ullum aliud negotium ritè perfectum furor superveniens tollit, ut Sponsalia, matrimonium, patriam potestatem, magistratum *l.16.D de spons.l 16.§.1.D de rit nup.Paul.lib 2.tit.19.§. neque furiosus l.* 8. D. *de his qui sui vel ali.jur.* *l.* 8.§. 1. D. *de tut. & cur.* neque obligationem furiosi perimit *l. 70.§.pen. D. de fideiuss.* neque usucapionem rectè cœptam impedit *l. 44.justo.* §. *eum qui.* D. *de usuca.* Ratio est, quia & testamentum & cætera, quæ enumeravi, sunt civilia & sunt juris: Ergo per furorem qui est naturalis, & facti, ut ei contraria sanitas, tolli non possunt. Non obstat iis quæ *supr* diximus *l.16.*§. 1. D. *Qui test.fa.pos.* ubi furiosus dicitur habere testamenti factionem. Loquitur enim de jure capiendi & acquirendi aliquid ex testamento alterius, quam vocant vulgò Testamenti factionem passivam. Quarto prohibetur testari prodigus, cui bonis interdictum est: *ut hic & l.* 18 *in p.* D. *Qui test fac. pos. Vlp tit.20.§. mutus.* Ratio est, Quia cum ipsi prodigo à Prætore interdicta sit rerum suarum administratio & alienatio atque commercium, pro eo est ac si bona nulla haberet. *Vlp d. tit. 20.* Unde etiam prodigus quo ad bona furiosum facere exitum dicitur *l. 15.§.ult.* D.*de cur.furi.* Dixi, prodigus cui bonis interdictum est. Nam ante interdictionem, cum adhuc habeat liberam rerum suarum administrationem, & alienandi facultatem, testamenti quoque faciendi jus habet: Proindeque quod prodigus eo tempore fecerit, firmum & ratum manet etiam post interdictionem *ut hic & d. l. 18.* Ratio eadem, quæ *supr.* de furore allata est. Interdictio fiebat olim ipso jure ex *l. 12. tab.* Et in curatione agnatorum erant prodigi. Hodie à magistratu, ut prætore vel præside fit. Formulam interdictionis refert *Paulus lib. 3. sent. tit. 4.§. morib.* Recepta autem vitæ ac morum sanitate ipso jure expirat interdictio, & prodigus in potestate curatorum esse desinit *l.1.D. de cur. fur. Paul.d.lib.3.sent.tit.4.* Statuta tamen Norica requirunt, ut prodigus declaretur etiam à magistratu iam habilis ad testandum, & prævia causæ cognitione administrationem bonorũ recipiat. Quod mihi magis probatur. Quinto prohibentur surdus & mutus, id est, qui planè nihil audire & loqui possunt *l.6.§.1.* D. *Qui test.fac.poss.* Ratio redditur *ab Vlp.d tit.20.§.mutus.* Si tamen facultatem testandi à principe impetraverint, testari poterunt *l. 7. D.d.t.* Et hoc est quod ait Imp. eos non semper testamentum facere posse. Adhibenda hîc tamen est distinctio tradita à Justiniano in *l.* 10. C. *Qui test. fac. pos.* ad quam nos ipse remittit. Summa Constitutionis satis verbosæ hæc est: Si quis utroque vitio simul laboret à natura, ut & surdus sit & mutus, prorsus non potest testari. Sin autem casu aliquo, ut morbo, vulnere, &c. & literas novit, testari potest. Si est mutus tantùm (vel naturâ vel casu, nihil interest) testari poterit in scriptis, si quidem scribere sciat: Si est surdus tantùm, vel natura vel casu, testari potest, sive novit literas, sive non novit. Et hæc tàm in fœminis quàm in maribus obtinent. Quod autem ait Imp. his morbis seu vitiis corporis supervenientibus testamentum rite factum non infirmari, eius ratio ex superioribus intelligitur, quæ de furore dixi. Sed de muto tantùm qui literas nescit, quæritur; An à principe testamenti factionem impetrare possit. Imp. de eo nihil definivit. Itaque Interpretem alii aiunt, alii negant. Sed negantium sententiam probat

Viglius ad §. *Item surdus, nu. 3. h. t. reiecta sententia Accursij & Dd. ad d. l. 10. discretis. C. Qui test. fac. pos.*

Ad §. *Cæcus.*

Cæco & olim licuit facere testamentum, quia & testes accire potest, & eos affari, & audire testimonium sibi perhibentes. *Paul. lib. 3. Sent. tit.* 4. Et hodie quoque: Sed observata forma ab Imp. Justino Justiniani Imp. avunculo & parte adoptivo præscripta *in l.* 8. *C. Qui test. fac. pos.* Forma hæc est, ut quia cæcus scribere non potest, testamentum faciat per nuncupationem, adhibitis VII. testibus & tabulario sive Notario.

Ad §. *ult.*

Sexto prohibetur captus ab hostibus, sive ut veteres loquuntur, hostium potitus, ut *hic & l. 8. in pr. D. Qui test. fa. pos. Paul. lib. 3. Sent. tit. 4. §. qui ab hostib.* ut ne quidem jure militari captivus testari possit *l.* 10. D. *de test. mil.* Ratio est, quia hic fit servus hostium §. *si ab hostib. sup. Quib. mod. jus pot. solv.* Aliud ergo est in eo, qui à latronib. capitur. Hic enim cum maneat liber, testamentum facere potest *l.* 13. *in pr.* D. *Qui test. fac. pos.* Sed quid fiet de testamento ante captivitatem facto? Resp. imp. per distinctionem. Aut enim captus in civitatem redit: aut apud hostes decedit. Priore casu testamentum valet jure postliminij, quo omnia jura pristina recuperat, & fingitur nunquam esse captus, sed in civitate semper mansisse: de quo dictum est *supr. tit. Quib. mod. jus pot. solv.* Altero casu testamentum valet ex lege Cornelia, quæ fingit, illum eo ipso momento, quo capiebatur, mortuum esse, adhuc liberum & civem *l.* 12. D. *Qui test. fac. pos. l.* 6. §. *quatenus. l.* 15. D. *de injust. rupt. l.* 18. D. *de capt. & postl. revers.* Et hæc lex etiam in militari testamento locum habet *l.* 39. D. *de test. mil.* Stricto jure testamentum infirmaretur captivitate testatoris, utpote qui in maximam capitis diminutionem sit deductus *d. l.* 6. §. *irritum.* D. *injust. rupt.* Ideoque opus fuit lege Cornelia, ut testamentum propter favorem ultimarum voluntatum conservari ac sustineri posset: Unde hæc lex Cornelia interdum dicitur lex Cornel. testamentaria. Ejusque & plura alia capp. fuere: ut de subjectoribus testamentorum, sive de crimine falsi in testamentis commisso: de quo alibi.

Et hæc quidem hactenus de personis, quæ in textu nostro recensentur. Ut autem plenus ac perfectus sit Catalogus eorum qui testamenti faciendi jus non habent, alios quoque hìc omissos breviter adjiciamus, *de quib. vid. Schneiderv. hic.* Septimò igitur testari prohibentur obsides *l.* 11. *obsides. D. Qui test. fac. pos.* Nam & horum bona quasi captivorum in fiscum coguntur *l.* 31. *Divus commodus.* D. *de ju. fisc.* Excipiuntur illi, qui jus togæ beneficio principali impetrarunt. Hi enim cum pro civib. Rom. habeantur, testari quoque poterunt *l.* 32. *sed si accepto.* D. *d. t.*

VIII. Prohibetur qui de statu suo dubitat, vel errat *l.* 14. *qui in testamento. & l. seq.* D. *Qui test. fac. pos. l.* 1. D. *de leg.* 3. *l.* 2. §. 3. *si quis decesserit.* D. *Unde le-*

git. Vlp. tit. 20. §. qui de statu. Ratio elegans *ind. l. 14.* Quia qui incertus de statu suo est (id est, sitne servus an liber, paterfam. & sui juris an filiusfam.) certam legem testamento dicere non potest. Excipitur miles *l. 11. ex militari. §. 1. D. de test. mil.*

IX. Prohibetur damnatus crimine aliquo capitali, quo vel vita amittitur, vel libertas, vel civitas, vel bona *l. 8. eius qui. §. 1. & §. vlt.* D. *Qui test. fac. pos. l. 6. §. sed etsi quis.* D. *de injusto rupto.* Huc pertinent deportati, & damnati ad perpetuos carceres, & banniti. Si quis tamen post condemnationem appellaverit, & pendente appellatione testamentum fecerit, itaque mortuus fuerit, testamentum valebit *l. 13. qui à latronib. §. ult. D. Qui test. fac. pos. l. 6. §. hi autem. D. de injust. rupt.* ubi & ratio dubitandi : Quia hic incertus & dubius videtur de suo statu. Nescit enim an in judicio appellationis absoluatur, an condemnetur. Et Ratio decidendi, quia certus est de suo statu. Scit enim se esse liberum hominem, esse patrem fam. &c.

Quid si reus in custodia ante condemnationem moriatur ? Testamentum ejus valet *l. 9. si quis post. D. Qui test. fac. pos. l. 45. in fraudem. §. 1. D. de ju. fis.* Excipitur crimen maiestatis & repetundarum *l. 20. ex judiciorum. D. de accusat.* Sed hæc de sua & naturali morte intelligenda sunt, non de violenta. Nam si ipse sibi manus attulerit reus (quem αὐτόχειρα vocant Græci) distinctio passim toto jure recepta adhibenda erit, Utrum scilicet mortem sibi consciverit ob conscientiam criminis vel flagitij : an ob aliam causam, ut tædio vitæ, aut valetudinis adversæ ac dolorum impatientia : ut pudore æris alieni aut pudore aliquo alio, ut Aiax apud Sophoclem, cum ipsum puderet eorum quæ per insaniam perpetraverat, postquã ad se redijt, gladio suo se cõfodit. Sic Lucretia à rege Tarquin. cõstuprata, &c. ut jactatione & aucupatione gloriæ & nominis immortalis, qualis fuit Empedocles, qui Deus immortalis haberi dũ cupit, ardenté frigidus Æhtnam insiliit, ut de eo ait Horatius: Qualis item fuit Cleombrotus, qui cum Phædonem Dialogum Platonis legisset, quo immortalem animæ asserit, de muro se præcipitem dedit, ut immortalitatis compos fieret : de quo est *apud Callimachum in Epigram. & apud* Cicer. 1. *Tuscul. Augustin. lib. 1. de Civit.* Dei *c. 22. ubi vide Io. Lud. Vivem.* Sic zeno Stoicorum princeps & auctor seipsum interemisse scribitur. Et tota eius Secta hoc dogma professa est, licere unicuique cum non amplius vivere libeat, se ipsum rebus humanis extrahere, ut sæpè est *apud Senecam in epistolis de beata vita 3. de Ira & alibi.* Sic & Cato Uticensis cum esset Stoicus, *teste* Cicer. *pro Muræna*, se ipsum interfecit, quod C. Julio Cæsari victori parere ac vitam debere nollet. Sed hos eleganter B. Hieronymus stultæ Philosophiæ martyres vocat. Ut ad jus nostrum redeamus, hoc ita distinguit inter hos, ut posteriore casu testamentum valeat : priore non item ; sed bona à fisco occupentur *d. l. 6. §. 7. ejus qui. D. de injust. rup. d. l. 45. §. 2. ejus bona.* D. *de jur. fis. Paulus lib. 5. Sent. titul.* 12. Eadem porrò distinctio causarum, ob quas se ipsum quis interemit, multis in locis juris nostri repetitur *l. 11.*

liberorum. §. *non solent. D. de his qui not. infa. l. ult.* §. 3. *ergo ita. D. de bon eorum qui ante sent. l. 32. cum hic status.* § 7. *si maritus. D. de don. inter vir. & ux. l. 38. si quis aliquid.* §. *ult.* D. *de re milit. l. 34. eius militis.* D. *de test. mil. l. 1.* §. 23. *si quis non metu.* D. *de SC. Silan. l. 2.* C. *Qui test. fa. pos. l. 1. &* 2. C. *de bon. eorum qui mortem sibi consciverunt. l. pen.* C. *Si reus vel accus. mort. fu.* Etiam in servo *l. 43. borem* §. *mortis consciscenda.* D. *de ædil ed.* De iis autem qui odio vitæ vitam sibi eripiunt, *ita Lucretius lib. 3.* Et sæpè usque adeò mortis formidine vitæ percipit humanos (id est, homines) odium, lucisque videndæ, Ut sibi consciscant mærenti pectore letum: Obliti, fontem curarum hunc esse timorem. Eumque imitatus Virgil. 6. Æn. hoc genus hominum apud inferos gravissimis affici cruciatibus scribt. Qui sibi letum.

Insontes peperêre manu, lucemq; perosi
Proiecêre animas. Quàm vellent æthere in alto
Nunc & pauperiem & duros perferre labores!
Fata obstant, &c.

Et ita quidem distinguunt inter αὐτόχειρας Jurisconsulti veteres, ut mitius agant cum iis, qui tædio vitæ aut valetudinis ac dolorum impatientia, aut pudore se ipsos interimunt, hisque ferè ignoscant: ut & Chorus *apud Euripidem in Hecuba*: Σύγγνωσθ' ὅταν τις κρείσσονα ἢ φέρειν κακὰ πάθῃ, τάλαιναν ἐξαπαλλάξαι ζωῆς.

At Philosophi & Theologi hos quoque grave scelus committere & ob id infames esse docent: Qua de re videri potest *Plato 9. de legib. & in pr. Phædonis. Arist. 5. Ethic. c. ult. Cicero in Somnio Scipion. quamquam in officiis pro Catone disputat. Alexand. in 2. Topic. Aristot. & 2. de Anima. Ioseph. lib. 3. Belli Iudaici. cap. 14.* (ubi Judæos populares suos gravissima oratione ab hoc facinore dehortatur:) *Lactant. lib. 3. c. 18. Augustinus lib. 1. de civit.* Dei *cap. 17. & 9. seqq.* qui citatur à Gratiano *in c. si non lic. 23. quæst. 5. & c.* Quid, quod apud Romanos etiam qui se vulnerasset ut moreretur, etiamsi mors non fuisset subsecuta, carnificis loco habebatur: teste Festo. Quem morem Josephus Scaliger ex Servio docet fluxisse à temporibus Tarquinij Superbi, qui cruci affigi jussit eorum corpora, qui impatientia injuriæ, qua à Superbo afficiebantur (cogebat enim populum cloacas facere) suspendio se necarant. Tarquinium Priscum nominat *Plinius lib. 36. cap. 15.* Quomodo & virginum Lemniarum se ipsas interimendi furor sedatus est, teste Plutarcho. Cum enim hæ nulla certa de causa certatim seipsas suspenderent, nec finem aut modum ullum huic furori ponerent, nulla alia ratione is tolli potuit, quàm hac, ut quæ ita mortuæ fuissent, unco impacto nudæ per plateas traherentur. Hac tandem ignominia deterritæ ceteræ à suspendio sui destiterunt. Sed nec justa his talibus fieri fas erat; verum suspensis oscillis, veluti per imitationem fœdæ mortis parentabatur: teste *Varone apud Servium*: neque nomina eorum in caristiis & parentalibus conviviis (ut aliàs solemne erat) à cognatis ciebantur, *teste Artemidoro lib. 1.* Exempla αὐτοχείρων utriusque sexus plurima commemorat *Higynus cap. 242. & seqq. & Vives de offic. Christiana fami-*

fœminæ. Alciat.4.Parergi.cap.4.P.Fab.1.semestr.cap.10. Vidit & nostra ætas non pauca. Et ferè compertum est, si quis suspendio vitam finierit, magnas tempestates ventorumq; procellas coortas fuisse, velut exultantibus in miseri hominis pernicie spiritibus impuris, qui potestatem aëris habere creduntur. Sed jam de homicidio sui ipsius plus satis: de quo qui plura cupit scire, adeat Jodoc. Damhouder. *in praxi rer.crim.c.88.& Petr.Martyr.Locor.commun.tom.1.& maxime Iacob.Menoch.lib.2.cent.3.casu 284.& seq.Roland.à Valle cons.20.vol.3.Iul.*Clar.*lib.5.§.fin.q.68.n.32.Ioan. Igneum ad.l.1.§.si sibi manus* D.*de Sc.Sillan.n.16. usque ad fin.§.& seqq.* X. Prohibentur hæretici, jure quidem civili tantum Donatistæ & Manichæi *l.4.*C.*de haret.* Canonico autem omnes, qui quidem convicti & condemnati sunt, nā bona eorum confiscantur *c.10.vergentis ext.de haret.* XI.Prohibetur Monachus, etiamsi sit Abbas aut Præsul *Nov.5.§.illud quoque.* Inter liberos tamen, quos ante religionis professionem suscepit, testari potest, ita ut monasterio virilem relinquat portionem *Nov.123.§.si qua mulier l.13.generali & 2. Auth.seqq.*C.*de SS.Eccles. Euerhard in Topic. à servo ad Monach.* Omnia enim Monachus adquirit monasterio, ut servus domino: alij vero Clerici testari possunt *Auth.licentiam & auth.seq.*C.*de Episc.& Cler.* XII. Episcopi & Clerici de iis, quæ Ecclesiæ respectu acquirunt, testari non possunt *c.7.cum in officiis. c.12.relatum est & c 15.requisisti, extra de testamentis.*

De patrimonio autem suo, & propriis bonis adventitiis & industria sua quæsitis testari non prohibentur *c.quia nos.& d.c.12.ext.de testam.* XIII. Vasallus de feudo in præjudicium filiorum aut agnatorum aut domini testamento aliáve ultima voluntate nihil disponere potest *c.1.de success.feudi Iul.*Clarus *§.Feudum.quæst 40.* XIV. De usuario manifesto *vide c. quamquam. lib. 6. de usur. & Clarum §. testamentum. quæst.26.*

AD TIT. XIII. DE EXHÆREDITATIONE LIBERORUM.

QUoniam, ut ait Cajus *in l.30.D.de lib. & post. hered.instit.vel exhered.* inter cætera quæ ad testamenta ordinanda necessariò desiderantur, principale jus est de liberis heredib. instituendis vel exhæredādis, ne his præteritis rumpatur testamentum: rectè atque ordine facit Imp. qui titulo de hæredibus instituendis hunc præmittit: qui & in D. eum præcedit: Sed in C. alius est ordo. Respondet autem huic *tit. D.de lib. & post. hær. inst. vel exhær. in* C.*tit.de lib.præter.& tit.de post.hær.inst.* Liberi igitur V. sunt generum. Aut sunt jam nati: (hiq; subdividuntur in filios & alios liberos, ut filias nepotes & neptes.) Aut sunt postumi: Aut postumorum loco habentur, sive quasi postumi sunt: Aut emancipati: Aut deniq; adoptivi. De quibus ordine hîc exponitur: I. Quid juris olim fuerit, & quid hodie sit receptum: II. Duæ adferuntur exceptiones, ubi institutio vel exhæredatio non est necessaria; sed liberos præterire licet: primùm scil. in testamento militis: deinde in testamento matris vel avi materni.

Atque hæc istius tituli summa & distributio est. Initio autem de jure filijfam. hæc ponitur regula: Filiumfa. vel institui à patre, vel nominatim exhæredari debere. Si prætereatur vel exheredetur inter cæteros, testamentum patris esse inutile & nullius momenti: Et ita quidem est inutile, ut ne tum quidem vires accipiat, aut hæreditas ex eo adiri possit, etiamsi filius ante patrem mortuus fuerit, confirmatur in *l.7.& l.30.*D.*de liber.& postum.l.1.& 17.D.de injusto rupto.l. 17.§.1.* D.*de bon. possess cont.tab.Vlp.tit.22.§.12. sui hæredes.§.14.ex suis & §.filius.* Ratio, cur filiusfam. non possit præteriri hæc est, quia hæreditas etiam vivo patre filij esse intelligitur, & is videtur dominus bonorum *l.10.D.de liber.& postum.Paulus Rom.1.* Si filij, ergo & heredes. Cur g. inquies, filius potest exhæredari? R. Id facit vis patriæ potestatis, quæ olim tanta erat, ut pater filium etiam occidere posset. *d.l.10.D.de liber.& postum.l.ult.*C.*de patr.potest.* Quod si immeritò exhæredatus sit, datur ei querela inofficiosi contra testamentum patris, de qua *inf.tit.*18 *ubi & de causis justis exhæredandi explicabitur.* Cur a. morte, quæ filio ante patrem contingit testamentum non confirmetur, ratio sup. quoq; exposita est ad tit. præcedentem, quia testamentū ab initio inutile postea non cōvalescit. Non obstat *l.17.* D.*de injusto rupto.* ubi testamentū in quo filiusf. est præteritus, postea tamen si filius bonis paternis se abstinuit, sustinetur. Id enim non fit ex subtilitate juris, sed ex æquo & bono, ut ibi ipse JC. Papini: Quomodo etiam si postumus præteritus moriatur vivo testatore, hæres scriptus bonorum poss. sec.tab.petere potest, licet testamentū juris scrupulositate nimiaq; subtilitate ruptum sit *l.12.postumus.* D.*de injusto rupto.* Et hæc de filio. Aliud est in filia, itemq; in alijs liberis, ut nepotib. & neptib. ex filio. Nam horum præteritione testamentū nō fiebat inutile, sed accrescebant hæredib. scriptis, suis quidem in portionē virilem: Extraneis verò in dimidiam: Ita enim hæc explicanda sunt *ex Cajo lib.2.Instit.tit 3. Vlp.tit. 22.§. ex suis. Item Paulo lib.3.sent.t.4.& Theoph.* Hæc igitur prima erat jure veteri inter filium & filiam aliosq; liberos differentia. Altera erat, quod filius nominatim tantùm exheredari poterat. Filia v. & reliqui etiam inter cæteros, id est, non nominatim, verùm indefinitè, *ut hic & l.ult.C.de liber. præter.* Quid sit nominatim exhæredare, docet ipse Imp. *ex l.1.2.& 3.*D.*de liber.& postum.* Nimirum ut vel exprimat nomen vel cognomen sive prænomen, vel demonstratione quadā utatur, quæ vice nominis fungitur *§.huic proxima.inf.de legat.* Si plures habeat testator filios & sic dicat, Filius meus exheres esto, benigna interpretatione nullus censetur exhæredatus, tùm quia non constat de quo senserit testator, *arg.l.30. D. de testam.tut.& l.62.§.1.D. de hæred. instit.* Tum quia exhæredationes cū sint odiosæ, non sunt adjuvandæ *l.19.D.d.t.* Inter cæteros exhæredatio fit hoc modo: Titius hæres esto: cæteri exhæredes sunto, *ut in l.44.& l.53.*D.*de hæred.inst.* Ratio differentiæ fuisse videtur, quia arctiùs conjunctus videtur patri filius, quàm vel filia, quæ nubendo in aliam familiā transit, vel nepos, qui ab avo longius distat. Unde etiam filius per emancipationē difficilius exibat ex patria potestate, quàm filia aut nepos, filius scil. per trinam emancipationem, hi per unam *l.8 §.1.*D.*de injusto rupto.Vlp.tit.10.in pr.quod exposui sup.lib.1.*

Ad §. 1. Postumi.

Postumus non est, ut vulgo putant, ex post & humus, sed simpliciter à post, ut

ultimus ab uls & citimus à cis. Ideoq; sine aspiratione rectius scribitur, ut in Pandect. Flor. & apud Græcos. Sunt a. postu. vel sui vel alieni. §. postumo 1. de legat. Sui sunt, qui cũ nascerẽtur, statim in potestate testatoris futuri sunt. Alieni sunt, qui secus. 2. Postumi vel sunt verè dicti, vel q. postumi, *de quib. inf. §. prox. vid. Cujac. lib. obs. c.* 4. De postumis igitur hæc est regula, Postumi vel hæredes instituendi sunt vel exheredandi, Filij quidẽ nominatim, filiæ v. etiã inter cæteros, si prætereantur, non quidem ipso jure inutile est testamentum ut filio præterito sed nato postumo rũpitur, etiamsi is exactus sit ex utero *l. 12. D. de liber. & postum.* modò ne sit abortus vel mõstrum *l. 2. & 3. C. eod. de post. hær. inst.* Ratio cur postumus sit instituendus vel exhæredãdus hæc est, quia qui in utero est, pro jam nato habetur, quotiens de ipsius cõmodo quæritur *l. 7. & l. pen. D. de stat. hom.* Cur a. ejus præteritione testamentũ nõ statim fit irritũ ipso jure, ratio est, quia multa intervenire possunt, quo minus nascatur postumus; ut si mulier faciat abortũ. Cum igitur testatori metuendũ sit, ne moriatur intestatus, melius esse videbatur, ut certum sibi institueret hæredẽ, si fortè postumus non nascatur. Ex his jã facile est colligere differentias inter liberos jã natos & postumos. Primùm n. si filius jam natus preteriretur, testamentũ statim erat inutile atq; injustum: Postumo aũt præterito nõ statim est inutile, sive filius sit, sive filia, sive nepos ac neptis. *ut hic. vers. & in eo. l. 3. §. 3. ex his apparet. D. de injust. rupt.* Secundo, si postumi exhæredarẽtur inter cæteros, q in fæminis fieri posse diximus, legatũ ipsis aliquod erat relinquendũ, ad avertendã suspicionẽ oblivionis, & ut appareret, testatorẽ de iis cogitasse. Aliud erat in jam natis filiab. & nepotib. quibus etiamsi nihil relinqueretur, tamen exhæredari poterant inter cæteros: *ut hic vers. Sed fœminini.* Tertio, postumi masculi oẽs tàm nepotes quàm filij nominatim tantùm exhæredari debebant: Jam nati verò nepotes etiam inter cæteros exhæredari poterant, *vers. masculos.* Quamvis enim postumos nepotes & pronepotes etiã inter cæteros liceret exhæredare adscripto ipsis legato: tamen & consultius fuit & usitatius nominatim illos exhæredare: *teste Ulp. tit. 22. §. nepotes.* Quomodo postumi exhæredatio fiat nominatim, docet *l. 3. §. pen. D. de inju. rupt.* Quod a. ait Imp. postumi præteriti agnatione testamentũ infirmari in totũ, ei primò addenda exceptio est ex *d. l. 3. §. ult. D. de injust. rup.* Ex qua perspicuũ est, interdum etiam partẽ tantùm testamenti rumpi, si scil. à primo gradu postumus exhæredatus, à secundo præteritus sit. Deinde id correctũ est à Justiniano *in Nov. 115. §. 3. in fi.* ut scil. sola institutio rescindatur; cætera testamenti capita valeant, de quo latius *inf. ad tit. de inoff. test.* Ex ead. Nov. postumi hodie exhæredari non possunt. Elogium enim sive nota, id est causa ingratitudinis postumo adscribi non potest, ut qui nondum quidquam commiserit. At sine elogio exhæredatio nulla est.

Ad §. Postumorum.

Dictum est de veris postumis, id est, qui post mortẽ patris nascuntur. Sequitur de quasi-postumis, quos hîc Imp. *ex Cajo l. 13. D. de injust. rup.* ait esse loco postumorũ, quia non verè, sed quasi agnascuntur parentibus, succedendo videlicet in locũ sui hæredis, qui vel morte vel emancipatione, vel alio aliquo mòdo ex iis,

quia

qui supra sunt expositi lib. 1. de potestate patris, exiit. Veri postumi sunt, qui tempore testamenti nondum nati sunt, sed in utero. Quasi postumi sunt, qui jam testamenti faciendi tempore sunt in vivis sive in rebus humanis. Veri postumi verè ac propriè agnascuntur, quia jam primùm nascuntur: Quasi postumi impropriè agnascuntur, quia jam ante nati sunt, nec possunt iterum nasci: ut de adultis dicebat ad Salvatorem Nicodemus. De his ergo lege Junia Velleia cantum fuit, ut minus quàm veri postumi vel instituerentur vel exhæredarentur: quod quomodo fiat, ipse Imp. exemplo declarat. Porrò legis huius mentio fit & in *l. 29. D. de lib. & post. & l. 3. §. 1. D. de iniust. rupt.* Eiusque duo capp. fuerunt: Prius de veris postumis: alterum de quasi postumis. Sed de posteriore tantùm hic agitur. Summa igitur hæc est: Si qui filiumfam. id est, suum hæredem & ex eo nepotem habeat, quem & ipsum fortè habiturus est aliquando suum hæredem, nimirum si filius præmoriatur, vel aliter de potestate exeat: ne illa quasi agnatione sui hæredis testamentum rumpatur, ipsum quoque nepotem vel instituere debet hæredem, vel exhæredare: Idque hunc in modum: Qui mihi post hoc testamentum suus hæres quasi agnascetur, hæres esto: vel, exhæres esto. Aut ita: Si filius meus ante me moriatur, aut alio modo desinat mihi suus hæres esse, nepos ex eo qui jam natus est, hæres esto, vel exhæres. Sed de institutione postumorum plura videantur *apud Paulum lib. 3. sent. tit. 4. §. talis. cum §. seq. & Cujac. ibid.* Formulam eius excogitavit Gallus Aquilius, de qua prolixè & accuratè Scævola *in l. 29. D. de lib. & posth.* Videatur & *l. ult. C. de post. hær. instit.*

Ad §. Emancipatos.

Dictum est de liberis in potestate, id est, suis hæredibus. Sequitur de Emancipatis: qui cum jam liberati sint patria potestate, in extraneorum sunt numero. Hos igitur pater necesse non habet instituere vel exhæredare jure civili: *ut hic. & Vlp. d. tit. 22. §. emancipatos.* Si prætereantur, nullum remedium ipsis dat jus civile, quod solos novit agnatos & suos hæredes: quæ jura per emancipationem solvuntur, *ut sup. lib. 1. dictum est.* Jure tamen Prætorio, quod asperitatem juris civilis mitigare solet, pater etiam emancipatos cogitur vel hæredes instituere, vel exhæredare, masculos quidem nominatim, fœminas vero inter cæteros. In quo jus civile Prætor subsequitur ut solet, dum plus tribuit masculis quàm fœminis. Id nisi faciat pater, sed liberos emancipatos prætereat datur eis bonorum possessio contra tab. Unde apparet Testamentum jure Prætorio non esse nullum aut inutile præteritione filij, filiæ, aut nepotis, & est jure civili. Alioquin enim non daretur bonorum possessio contra tab. si testamentum esset ipso jure nullum. Ratio juris prætorij est, quia tametsi sui, id est, liberi civiliter esse desierunt emancipati, non tamen verè & naturaliter esse desierunt liberi. Civilis enim ratio jura naturalia corrumpere non potest *l. 8. D. de R. I. §. ult sup. de legit. agnat. tut. §. emancipati. I. de hæred. quæ ab intest. defer.* Naturam autem & æquitatem magis spectare solet jus prætorium quàm subtilitatem & scrupulositatem juris, qua de re latius *inf. ad tit. de bon. possess.*

Ad §. Adoptivi.

Dictum est de liberis naturalib. Jam de adoptivis. Hi partim conveniunt cum liberis naturalibus, partim ab illis differunt: Conveniunt in eo, quòd adoptivi quoq; dum in potestate sunt, non minus quàm naturales instituendi vel exhæredandi sunt & si prætereantur, testamentum est inutile. Ratione vero patris naturalis extraneorum loco sunt, ut ab eo neque institui neq; exhæredari cogantur. Sic & aliàs in plurimis articulis juris adoptivi pares sunt liberis naturalib. quod exposui sup. *ad §. plurimis. D. de adopt.* Differunt autem in eo quod adoptivi post emancipationem neq; civili neq; prætorio jure amplius juvantur, sed præteriri possunt, cum liberi naturales adhuc instituendi vel exhæredandi sint jure saltem prætorio, ut modò dictum. Melior est g. conditio liberorum naturaliũ post emãcipationem quàm adoptivorum sicut & in successione ab intestato §. *Minus. inf. de hæred. quæ ab intest. defer.* Ratio est, quia horum omne jus per emancipationẽ sublatum est *l. 1. §. 6. liberos. D. si tab. testam. nulla extabunt:* adeò ut etiam nomen liberorum amittant, *l. 4.* D. *d. t.* ut neq; jure civili amplius sint liberi, neque jure prætorio, cum nunquã fuerint liberi naturales. Quid g. juris post emancipationẽ habebit hic filius adoptivus respectu patris naturalis, à quo datus fuerat in adoptionem. ℞. Si vivo patre naturali facta est emancipatio, redit filius in eam causam & conditionem, in qua futurus erat si à patre naturali fuisset emancipatus, id est, ut jure prætorio vel institui debeat ab eo, vel nominatim exhæredari: Idq; nisi fiat, detur ei bonorum possessio contra tab. *ut sup. d. §. præced.* Et hactenus quidem de jure veteri, quo ad institutionem vel exhæredationem liberorum.

Ad §. Sed hæc quidem.

Juris novi summa breviter hæc est 1. Quoad naturales liberos. 2. Quoad liberos adoptivos. Liberi naturales omnes hodie in forma ac modo exhæredationis pares sunt, ejusdemq; juris atq; conditionis, sive sint mares sive fœminæ, sive jam nati sive postumi: sive in potestate sive emancipati, sive primi gradus, ut filij, sive ulterioris, ut nepotes: omnes inquam sine discrimine eodem modo instituendi sunt vel exhæredandi nominatim scilic. & inter cæteros, sublata veteri differentia *ut hic & l. ult.* C. *de liber. prætor.* quam hic Imp. laudat. Ratio sublatæ differentiæ inter mares & fœminas triplex affertur ab Imp. I. A natura sumpta est, quæ inter eos non distinguit. Id autem jus optimum est, quod à naturæ vestigiis quàm minimum recedit. Est tamen aliàs in multis juris articulis deterior conditio fœminarum quàm masculorum *l. 9. D. de statu hom.* II. Est ex L. 12. Tabul. Lex antiqua inquit XII. tab. in successione ab intestato non distinxit mares à fœminis, sed omnes ex æquo admisit §. *1. inf de hæred. quæ ab intestato defer. l pen.* C. *de legit. hæred.* Ergo neq; hic videtur distinguendum. III. Prætor quoq; L. XII. tab. secutus in bonorum possessione contra tabulas liberis præteritis danda non distinxit, ut sup. d. *ad §. emancipatos.* Et huic juri novo Tribonianus JCtorum scripta in Pandectis accommodavit, deletis iis, quæ illi scripserunt de exhæreditatione filiarum & relictis tantum quæ de filiis. Illam tamen veterem differentiam inter filium jam natum & postumum præteritum, ut scil. si ille prætereatur testa-

mentū statim fit inutile: sin hic, tunc demū cum natus fuerit, hodieq; manere dicendum est. Manet & ista inter suum & emancipatum differentia, quòd illo præterito testamentū est injustū, hoc v. præterito, valet quidem, sed per bonorū possess. cōtra tab. rescinditur. Est & illa ex jure novissimo differentia inter postu. & jam natū, quòd postu. exhæredari hodie nō potest ex Nov. 115. ut & sup. d. est.

Ad vers. Circa adoptivos.

De liberis adoptivis jus novum hoc est *ex l. pen. C. de adoptiv.* Aut filius datur in adoptionem extraneo, aut avo suo materno. Illo casu non à patre adoptivo sed à patre naturali, in cujus potestate manet, institui vel exhæredari debet: hoc casu non à patre naturali, sed ab adoptivo, utpote cujus in potestatem transierit. De hac distinctione sup. quoq; dictum est *ad §. sed hodie. tit. de adopt.*

Ad §. Sed si in expeditione.

Dictum est testamentum vitiari præteritione liberorum: Ejus exceptiones duæ *hic & in §. seq.* adferuntur. 1. est in testamēto militis, in quo ut alia multa sunt singularia, de quib. sup. tit. 11. Ita & hoc, quod miles non cogitur liberos suos vel jam natos vel postumos nominatim exhæredare, sed eos præterire potest silentio; Et hæc præteritio habetur pro exhæredatione ex Constitutionib. Principum, *ut hic & l. 9. sicut. cum l. seq. C. de testam. milit.* Si tamen sciverit miles, se liberos habere, vel uxorē suam prægnantē esse, nam si hoc ignoret, præteritio non habetur pro exhæredatione dictis ll. nisi hoc animo fuerit miles, ut quisquis sibi nasceretur, exhæredem esse vellet, etiamsi ignoraverit, uxorē suam esse gravidam. Tunc enim voluntatem ejus expressam sequemur. *l. 7. qui jure. D. de testam. milit. vide & l. 33. si filiusfam. & l. 36. militis. §. 1. D. d. t.*

Ad §. ult. Mater.

Altera est exceptio in testamento matris vel avi materni. Matris n. vel avi materni cæterorumq; parentū per lineam maternā ascendentium præteritio nō facit testamentū inutile, sed habetur loco exhæredationis, contra quā tamen datur liberis aliud adminiculū, querela scil. inofficiosi testamenti, quam Imp. vocat ultimum adjutoriū *in l. ult. C. de lib. præt.* Non cogitur ergo mater vel avus maternus liberos hæredes instituere vel exhæredare, neq; civili neq; prætorio jure. Nā jus civile suos tantùm agnoscit hæredes. Sui autem sunt, qui in potestate sunt & quidem proximi. Jus autem Prætorium bonorum possessionē contra tabulas dat emancipatis, quales nō sunt matri filius & avo materno nepos. Institutionis vel exhæredationis necessitas, quantum quidem ad jus civile, pendet ex jure patriæ potestatis. At verò neq; mater neq; avus maternus, aliiq; per maternam lineam ascendentes habent liberos in potestate. *§. Fæminæ. sup. de adopt. §. ult. sup. de patr. potest.* Prætor igitur facilius illos quàm hos juvat. Nā & aliàs jus civile subsequi solet *l. 14. D. de testib. l. 12. §. 4. si res. D. de public. in rem act. l. 5. §. 8. D. de injur. l. 39. D. de noxali act.* Postremò sciendum est, liberos, qui testamentum faciunt, parentes suos præterire posse, neq; cogi eos vel instituere vel exhæredare. Non n. habent eos in potestate, sed tamen parentibus querela inofficiosi datur, etiam contra testamentū liberorum *l. 17. D. de inoffic. testam. §. 1. inf. eod.* Frater quoq; & soror præteriri potest, à fratre vel sorore, adeò quidem ut nec querela inofficiosi his detur contra testamentum fratris, nisi uno casu, *de quo inf. tit. 18.* ut ita appareat rectè

con-

conceptum esse hunc tit. de exhæredatione liberorum: non autem de exhæredatione parentũ vel fratrum. Hos enim exhæredare nõ cogimur, ut neq; instituere. Et hactenus de suis hæredib. sequitur de extraneis & aliquid etiã de necessariis.

AD TIT. XIV. DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

EXponitur hìc de personis hæredum, qui scilicet & quot institui possint, in quot partes hæreditas dividi possit. Deinde quomodo & qua forma fiat institutio, ut ita III. potissimum capita hujus tituli constitui possint: Cum quo congruit *tit. D. & C. de hæred. instit.* Item *tit. C. de instit. & subst. & tit. D. de condit. instit. vid. Ulp. tit. 21. & seq.* Initio autem sciendum est, cum multa sunt quæ in testamẽto scribantur, ut hæredis institutio, exhæredatio, substitutio, Legata, Fideicommissa, Tutelæ datio, Assignatio libertinorum, prohibitiones alienandi manumissio servorum, Mortis causa donatio: reliqua omnia omitti posse. solam hæredis institutioné adeò esse necessariam, ut sine ea nihil in testamento scriptũ valeat *l. 1. § ult. D. de vulg. & pupill. subst. l. 3. D. de his, qui in test. del.* unde ét caput atq; fundamentũ totius testamenti dicitur, quod vires ab eo accipiat *§ peræquè. inf. de legat. l. 10. D. de jure codicill. vid. & l. 1. D. h. t.* Cum ergo quæritur, quinam hæredes institui possint in testamento tàm in scripto quàm in nuncupativo, dicendum est, posse omnes cum quibus testamenti factionem habemus, id est, qui ex testamento capere possunt. Neq; solùm liberi homines, verùm etiã servi tàm proprij quàm alieni, & proprij hodie tàm sine libertate quàm cũ illa. De liberis hominibus brevius quàm de servis agit Imp. De his n. major erat dubitandi causa, quia servus juris civilis non est capax, nihilq; propriũ habere potest. Sed quũ servus instituitur hæres, inspicienda est persona domini ejus, an is scil. capax sit, nécne. Huic n. ut alia omnia, ita ét hæreditaté acquirit servus, postea quam ejus jussu hæreditaté adiit: Idemq; dicendum etiã in legatis, quæ servo relinquuntur *l. 12. §. 2. D. de legat. 1. l. 55 & l. 82. § servo. D de legat. 2.* Servi igitur vel proprij sunt, quorum quis nudam habet proprietaté, cum alius habeat usumf. Contrà alieni sunt etiã hi, in quibus testator usumf. habet, *ut hic & arg. l. 25. D. de V. S.* Proprius aũt servus olim tantum cum libertate hæres institui poterat, ita quidé, ut vel utrũq; purè ipsi relinqueretur, & hæreditas & libertas: vel alterũ purè, alterũ sub conditione seu in dié *l. 9. §. 17. si servus. & §§. seqq. l. 21. §. 1. D h t.* Sine libertate v. nõ rectè instituebatur hæres, ut *Ulp. tit. 22. servos.* Nisi à milite *l. 40. §. 1. D de test. mil.* Ratio erat, quia testator non videtur voluisse liberũ esse eũ, qué non manumisit testamento, cũ id facere posset. Hodie v. potest *ex l. pen C de necess. servis.* Rationé reddit Imp. hic, quia hoc æquius & benignius ac humanius sit, ut Attilic. quoq; placuerit: quæ ratio sup. quoq; reddita fuit *in §. ideq; juris tit. Quib. ex caus. manumit. non licet, &c.* Reddit & aliã *in d. l. pen.* quia servus proprius, si tutor detur sine libertate, & tutor fit & liber. *§. 1. sup. quib. testam. tut. dari possit.* De qua tamen argumentat. an satis bona sit, dubitat Cuja. *lib. 18. obs. c. 4.* Alieno a. servo neq; expressè multò minus tacitè libertas in testa. dari potest *l. 49. in pr D. h. t ut & sup. d. lib. 1.* Cũ in eo nihil juris habeat testator, & alteri invito nõ possit jus suũ auferri: Sed ita tamé hæres institui potest, cũ liber erit, quomodo proprius servus inutiliter constituitur *l. 21. D. de condit. instit.*

Testator igitur servum proprium hæredem instituere potest, tàm cum libertate, quàm sine ea: Quo casu posteriore etiam libertas ipsi data intelligitur. Excipitur servus adulterio maculatus, qui à domina sua ejusdem criminis rea ante sententiam in testamento manumitti nequit, *ut hic & l.48.§.interdum.* D.*h.t.l.12.*D *qui & à quib. manum.* Ratio est, quia manumissio hæc fieret in fraudem judicij de adulterio, quod per eam eluderetur, dum scil. mancipium per manumissionem quæstioni subtraheretur *d.l.12.*

Ad §.1. Servus autem à domino.

In servo proprio, qui hæres à domino scriptus est, distinguendum, maneàtne in eadem causa & conditione usque ad mortem testatoris, h. e. in ejusdem dominio, an non maneat: sed vel manumissus sit à testatore vivo, vel alienatus, id est, venditus, donatus, permutatus in solutum datus. Quæ distinctio est etiam apud Ulpian. *tit.22.§.proprius servus* Primò casu fit ex testamento liber & hæres domino suo necessarius, adeò, ut hæreditatem repudiare non possit, sed velit nolit, cogatur eam adire, de quo plurib. *sup. Qui ex quib. causis. & c.* & iterum *inf.§.1.tit.de hæred.qual.& differentia.* Nec impedit, etiamsi fortè pignori obligatus sit *l.30.D.h.t.* altero casu, si manumissus sit, non fit necessarius, sed habet jus deliberandi, & potest pro suo arbitrio hæreditatem adire vel repudiare, ut quilibet hæres extraneus & voluntarius, idemq; est in servo, qui libertatem accepit à prætore præmij loco, pro detecta domini nece *l.40.*D.*h.t.* Ratio est, quia non consequitur utrumq; ex testamento domini, id est, cessat ratio illa, quæ efficiebat, ut necessarius hæres domino esset servus. Tertio casu, si à testatore eiusque hærede ante aditionem alienatus sit, adibit hæreditatem jussu novi domini, in cujus potestate est tempore aditionis *l.7.& l.9.§.16.servus.l.50.in pr.*D.*h.t.l.47.*D.*de condi. & demonstr.* Est enim hoc generale servum jussu domini sui hæreditatem adire debere propter rationem sup. expositam *ad tit. Per quas person. vid.l. 6. in pr. & l. 62.*D.*de acq.hæred.* Cur hic servus non fiat liber, ratio est, quia dominus alienãdo eum, videtur à libertatis datione destitisse, non enim alienasset eum, si liberũ voluisset esse, *ut hic & arg.§.si rem suã inf de legat.* Si tamen dominus postea hunc servum rursus redemerit, in pristinam causam redit, & proinde hæres erit ac liber *l.9.§.16.& d.l.50.*D.*h.t.l.58.*D.*de manum.testam.* Et hæc de servo proprio. In alieno servo hærede instituto eadem distinctio adhibetur, an scil. in eadem causa perseveraverit, an alienatus sit, an denique manumissus. Primo casu domini sui jussu hæreditatem adire debet, cui etiam acquirit. Altero casu item jussu domini non veteris, sed novi *d.l.7.*D.*h.t.& d.l.72.*D.*de acq.hæred.* Nam hæreditas ambulat cum domino, ut de bonorum possessione secundum tab. ait *l.2.§. ult.* D. *de bon.poss.sec.tab.* Tertio casu hæres est voluntarius, & sibi hæreditatem acquirit, etiamsi dominus ejus capere non potuerit *l.82.* D.*de acquir.hæred.*

Ad §.2. Servus etiam.

Etiam hæreditarius servus rectè hæres instituitur, id est, servus ejus, cujus hæreditas nondum est adita. Idem ait *l.31.§.1.l.52.& l.64.* D.*h.t.* Ratio dubitandi est, tùm quia in servorum institutione spectanda est persona sive conditio & capacitas domini, ut sup. dict. tùm quia servus hæreditatem adire debet jussu domini. Ac servi hæreditarij nullus est dominus.

Ratio

Ratio tamen decidendi est, Quia hæreditas ipsa sustinet vicem personæ & domini defuncti, quæ est regula juris passim repetita, *ut hîc & d.l.31.D.eod.l.34. l.61. D.de acquir. rer. dom. l. 22.D. de usucap. l. 9.* C. *depos. l. 24.* D. *de novat. l.15.* C.*de usucap. & in pr. tit. infra. de stipulat. serv.* Altera decidendi ratio est, Quia etiam illius, qui in utero est, servus hæres institui potest, *ut hîc & d.l.64.*D.*eod.* Jussu autem hæredis servus postea adibit.

Ad §. Servus autem.

Dictum est de servo proprio, itemque alieno, qui unum habeat dominũ: Nunc de servo alieno plurium dominorum, qui ab extraneo hæres instituitur, hic acquirit hæreditatem dominis suis, quorum jussu hæreditatem adiit: Si omnium, omnibus, sin aliquorum, iis tantum, qui jusserunt, quibus accrescunt tacito jure portiones cæterorum non jubentium, ut interdum sibi ipsi dimidiã partem etiam acquirit, si manumissus fuerit. Et acquirit illis non portiones æquales seu viriles, sed pro parte dominica, *hîc & l.64. l.67.* D. *de acq. hæredit.* Quod idem aliquando dicendum est etiam in acquisitionibus aliis, v.g. in legato, in obligatione, ut cuique dominorum acquiratur per servum communem pro ea parte, qua dominus est *l.50. & l. 81.§.1.D.de legat.* 1.*§.ult.infr. de stipul. serv §. communem. inf. per quas person. obligamur optima ratione.* Quia cum dominium sit causa acquisitionis, ut *supr. dictum ad tit.9.* meritò hîc spectatur. Et hæc de servo communi ab extero hærede instituto. Quod si instituatur ab vno ex sociis acquiret reliquis *l. 63.§. pen.* D. *pro socio.* Si tamen dominus eum redimat à sociis, fiet ei hæres necessarius *l. 6.§.3. si servum communem.D.h.t.*

Ad §. 4. Et unum.

Dictum est, Quos hæredes instituere possimus: sequitur quot possimus & in quot partes hæreditas dividatur. Testator tot hæredes instituere potest, quot vult, vel unum vel plures usque in infinitum, ut hîc. Ratio dubitandi est, Quia sicut unus est defunctus, cuius personam hæres repræsentat: ita & unus tantum videtur hæres esse debere. Sed dicendum est, plures hæredes haberi pro una & & eadem persona omnesque conjunctim repræsentare defunctum; Sunt enim juris successores *l. 9.§. 12. hæredes. D. h. t.* Sicut & hæreditas est successio in universum jus quod defunctus habuit *l. 24. D. de V. S. l. 22. D. de R. I.* Dividuntur autem obligationes & actiones hæreditariæ inter hæredes ex *l.12.* tabularum.

Ad §.5. Hæreditas plerumque.

Hic exponitur, in quot partes dividi possit hæreditas: Ex quo simul intelligitur, hæreditatem esse dividuam: Qua de re disputat *Hotomannus. illust. quæst.* 21. Ait autem Imp. Dividi eam plerumque in XII. uncias, ut assem: Quam divisionem Assis sollennem vocat Ulpianus. Sed tamen liberum esse testatori vel plures vel pauciores partes facere: quæ testatoris distributio potestate juris ad 12. uncias revocatur & redigitur, ut *hîc & l.13.§.1.l. 50.§.ult.*D.*eod.* Huc pertinet illud Horatij *in arte Poëtica:*

v.g. Titius ex triente, Sempronius ex quadrante, Cajus ex sextante hæres esto. Hic ad implendũ assem deerit quadrans: hæc g. portio Vacans singulis pro rata, sive pro ea parte, qua hæredes sunt, tacite accrescit. Sic trib. institutis hęredib. ex quartis partib. ut ait Imp. i.e. ex quadrante sive ex trib. uncijs, singulis accrescit uncia, quasi ex tertijs partib. i.e. ex triente essent instituti *d.l.13.§.1. & l.17.D.eod. & hic in §.7. videamus.* Ratio hic eadé est quæ universi juris accrescendi, ne quis scil. pro parte decedat intestatus, pro parte testatus. 3. Ut assem excesserit, V.G. Mævius ex. 12. uncijs, Sempronius ex semisse hæres esto. Hic casus superiori est contrarius. Superius cuiq; aliquid accrescebat hic vero unicuiq; aliquid decrescit, Sempronius.n. trientem habebit: Mævius bessem. Sic si IV. scripti sunt ex triente, singulis uncia una decrescit, & pro triente quadrantem consequuntur, *ut hic.d.§.videamus vers. Et ex diverso & d.l.13.§.4 D.hoc tit.* Vel deniq; in aliquorum persona partes expressit, in aliquorũ non expressit, sed eas instituit sine parte, Quo loco, an primo, an medio, an novissimo nihil interest: *ut hic vers. Nec interest. & l. 20.D.eod.* Idq; rursus trifariam fit, 1. ita, ut pars aliqua desit assi, & hoc casu pars illa vacans pertinebit ad eos, qui sine parte adsciti sunt, v.g. Titius ex semisse hæres esto, Cajus, Mævius & Sempronius hæredes sunto. Hi 3. posteriores alterum semissem inter se divident, ut quisq; eorum consequatur sextantem, id est, duas uncias *l.17.in pr.& §.14.19.& 47.§.In testamento. D. h.t.* Præsumitur.n. testator voluisse, ut hæredes, quibus partes suas adscripsit, ijsdem sint contenti: reliqui autem sine parte scripti in partem vacantem concurrant. 2. ita ut totus ascompleatur. Hoc casu ij, quibus assignatæ sunt partes certæ, in semissem vocantur, reliqui verò sine parte scripti in alterum semissem concurrunt, eumque inter se partiuntur *ut hic in vers. si verò totus as.l.20.§.1.D.h.t.*

Ratio item ut *supr.* pendet ex conjectura voluntatis testatoris. 3. Ita ut assuperetur vel excedatur. Hîc omnes illi qui sine parte scripti sunt, id habebunt quod deest dupondio, id est, alteri assi: eodemq; pacto, si & dupondium superârit testator, id quod deest tripondio, *ut hic.§.8. l.18. D. h. h. t* v.g. Primus ex semisse, secundus ex besse hæres esto. Tertius & quartus hæredes sunto. Hic assuperatus est sextante, id est, duab. uncijs. Tertius & quartus in id vocantur, quod dupondio deest, id est, in X. uncias, ut ita singuli consequantur quinq;. His ergo trib. regulis & distinctionib. tota hæc varietas institutionis continetur: ad quas jam facile erit textum accommodare.

Ad §. 9. Hæres & 2. seqq.

De modo & forma hæredis instituendi ita breviter habendum est. Hæredis institutio, sicut & tutoris datio & obligatio, vel purè fieri potest, vel sub conditione, Idq; vel unâ, vel pluribus: & si pluribus, fit hoc vel conjunctim vel disjunctim seu alternatim. Et hæ sunt formæ instituendi utiles: Illa verò inutilis est & vitiosa institutio, quæ vel ex certo die, vel ad certum diem fit, *ut hic & l. 34. l. 56. D. h. t.* Quia futurum esset, ut quis alio tempore testatus & alio esset intestatus, quod fieri non posse *supr.* dictum est. Excipitur miles *l. 41.D. de testam. mil.* Purè ita instituitur: Titius hæres esto: Sub conditione ita: Titius hæres esto si hoc vel

illud

ctus fuerit omnes implendæ sunt, habentur enim pro una. Sin alternativè, v.g. si navis veniet, aut Titius consul factus sit, sufficit implere alteram. *l.5. D. de condit. instit.* Eademque regula non solum in testamentis, sed etiam in contractibus observatur. *l.129.* D. *de V.O.* Dictum est item, Institutionem non rectè fieri ex die certo, vel in diem certum. Nam ex incerto vel in incertum fieri potest, cum dies incertus conditionem faciat in testamento *l.75.D.de condit.& demonst.* Dies tamen certus habetur pro supervacuo, ut hîc *vers. denique. & l. 23. D. eod.* Si quis autem conditione hæres scriptus sit, non antè hæres est, quàm conditio extiterit, sicut & in legatis conditionalibus jus est. *l.13.*D *de condit. instit. l.41.*D. *de condit. & demonst.* Nisi fortè per ipsum non stet, qno minus conditio impleatur. Tunc enim pro completa habetur. *l.24.D.de condit.& demonst.l.39.& l.161.*D. *de R.I.l.5. §.5.item.*D. *Quando dies legat. &c.* Purè autem institutus hæres statim à morte testatoris hæreditatem adire potest.

Ad §. ult. Ij quos.

Hæc particula etiam pertinet ad I. Caput hujus tit. qui scilicet hæredes institui possint. Nam dubitari poterat, An etiam ignoti & nunquam visi rectè à testatore instituantur. Ratio dubit. erat, Quia plerumque amicos nostros & notos ac benè meritos instituimus, aut legatis honoramus: *teste Symmacho lib.10. epist.55.* Ait tamen Imp. hos quoque institui posse, Nec obstare testatoris ignorantiam, cujus voluntas potius spectanda est. Idem dicitur *in l.11.C.h.t.* Cæterùm quod Cujacius hîc Peregrinatos scribi vult duabus vocibus, & exponit, Notos peregrè, illi assentiendum non videtur. Satis enim hanc emendationem refellit Theophilus. Et hæc quidem hactenus de hæredibus primis sive institutis Deinceps duobus titt. seqq. De secundis hæredibus, sive de substitutis agemus.

AD TIT. XV. DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Hic tit. cum seq. in Dig. conjungitur in unum eundemque titulum, eiq; respondet *tit. in Cod. de instit. & substit. itemq; tit. de impub. aliisque substit. Vid. Cajus lib.2. tit.4. Vlpianus tit. 22. §.29. & tit.23. §. 6. liberis.* Substituere est in locum alterius ponere vel subrogare, vel submittere. Quomodo dicimus pecora substituere in locum defunctorum, item arbores, vites, oleas, substituere. *l.22.*D. *de legat.1.l.18.l.59.& l.69.D. de usufr.* Item substituere ova. *Plin. lib.10. cap.54.* Sic sobolem novellam substituere dixit Columella. Hoc loco substitutio nihil aliud est quàm secundi hæredis institutio, ut definit *Paulus in l.43.§. 2. Lucius. D.h.t.* vel secundi hæredis appellatio, *ut Cajus d. loco.* Omnis g. substitutio est conditionalis quædam institutio, si scilicet primus hæres non sit, vel si moriatur intra pubertatem. Secundus hæres passim non solùm à JCtis, sed etiã à bonis autoribus dici solet, qui aliàs uno verbo substitutus, ut *l.8.* D. *de liber. & posthum. l.25.D. de testam. l.8.* C. *de impub. & aliis substit.* Sic Cicero pro Cluentio

& in libr. de oratore, & in Bruto. & lib.13. Epist. & alibi. Sic Sallust. in Iugurth. Quem Micipsa testamento secundum hæredem scripserat. *Horat. lib. 2. Sat. 5.* & ut Scribare Secundus Hæres *Sic Florus lib.* 4. Testamentum Cæsaris, inquit, cujus secundus hæres Antonius. Vide *Boet. lib. 2. in Topic. Ciceronis.* Hunc autem morem substituendorum hæredum Romanis fuisse usitatum, annotat Appianus lib. 2. de bello civili. Et quod mirum est, dicitur secundus hæres etiamsi tertio vel quarto vel ulteriore gradu sit substitutus. Nam quemadmodum licet testatori in tot partes distribuere hæreditatem, quot vult, ut supra tit. prox. ita & gradus hæredum plures facere potest, ut hîc *in pr. & l.36. D.h.t.* Ratio est tum Quia testatori latissima Potestas tributa est per L. 12. Tabularum *l.120. D. de V. S.* tum ut testatus potius quàm intestatus quis moriatur. Nam uno hęrede instituto facilè fieri posset, ut res ad causam intestati recideret si videlicet hæres ante testatorem decesserit, vel si testamentum destituat, quod vel nolit vel non possit hæreditatem adire. Id ergo incommodum hac ratione averti potest, si plures gradus hæredum instituantur Sic Imp. Augustum scribit Suetonius *Cap. ult.* in vita ejus, tres gradus hæredum fecisse.

Est autem Substitutio alia directa, quæ fit verbis civilib. & directis seu imperativis. *l.7. & l.15. Centurio D.h.t.* Alia est precaria substitutio seu fidei commissaria, quæ fit verbis precarijs sive obliquis & inflexis. *l.16. C. De pact.* Sed hæc propriè dicitur restitutio & fidei commissum, deque ea hîc non agitur, sed *inf. sub. tit. 23.* Quæ autem sint verba directa, quæ precaria sive inflexa, dicetur *ad §. pen. & ult. inf. De sing. reb. per fideic. vel.* Rursùm directa substitutio est vel Pagana vel Militaris: de qua in *l.15.* D. *h.t. & l.8.* C. *De impub. & subst.* Pagana subdividitur in vulgarem, Pupillarem & Quasi pupillarem sive Justinianeam, quæ vulgò Exemplaris dicitur. Quæritur unde dicatur Vulgaris substitutio? Resp. Quia fit modo vulgari, & in casum vulgarem, scil: si hæres non erit: seu Quia communis est omnium tàm puberum quàm impuberum. *l 4. §. 2. sed si alter. D.h.t.* Quomodo vulgaris mulier dicitur, *in l.3. §. 2. sed &* D. *ad l. Iul. de adult.* quæ vulgò omnib. se prostituit. Pupillaris autem inde dicta est, quia pupillorum sive impuberum propria. Inter has duas species quænam sint differentiæ, *inf. exponam ad tit. seq.*

Quasi pupillaris fit liberis furiosis & mente captis. Vulgò à Dd. plures constituuntur species Substitutionum: de quib. vide Commentar. Giphanij de Divisionib. Juris. Origo autem Substitutionis vulgaris quidem est ex XII. tabulis; Pupillaris ex morib. *l.2. in pr* D. *h.t. §.1. Vers. nam morib. inf. tit. prox.* Quasi pupillaris est ex constitutione Justiniani *in l. 9. C. De impub. & al. subst.* Nunc separatim de his specieb. dicamus, & primò de vulgari. Quædam in initio hîc adferuntur, quæ utriusque speciei communia sunt, Sicut & illud commune est omnium Substitutionum, quod quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est. *l.3. & l.69. D. de acq. hæred. l.5. C.* De *impub. & al. subst.* Et nunquam substitutus unà cum instituto admittitur. *l.37. D. de hær. inst. l.33. D. h t.* Cujus tamen exceptio adfertur *§. ult. inf. h. t.* Quod ergo ait Imp. de plurib. gradib. hæredum faciendis, idem confirmatur *l.3. §. filim. & l.34. D. de lib. & postu. l.3. §. ult. &*

2. ll.

2. *ll. ſeqq. D. de in juſt. rupt. l.37. D. de har. inſt. & l.30. D. h. t.* Eſt autem hîc gradus non locus ſcripturæ, ſed ordo ſucceſſionis. Aliud eſt enim gradus aliud locus. Poteſt etiam primi gradus hæres ſcribi ſecundo vel tertio loco. *l.69. & l.83. §.1. D de hared. inſt.* Et is dicitur Cohæres vel etiam Adjectus, *ut in l. 7. D. h. t.* Quod hîc dicitur de ſervo neceſſario hærede, id jam ſupra expoſitum eſt *tit prox.* Item *lib.1. tit. Qui & ex quib. cauſ. manu.* & iterum erit *inf. De har. qual. & diff. Videatur l.18. D. h. t.*

Ad §. 1. Et plures.

Quatuor modis fieri poteſt ſubſtitutio: vel ut vni plures, vel ut plurib. unus: vel ut unus uni, vel denique ut inſtituti omnes ſibi invicem ſeu vice mutua ſubſtituantur, ut in *l.23. D. h. t.* quam vulgò vocant Subſtitutionem reciprocam *ex l.4. §.1.* D. *h. t.* Vocant etiam breviloquam, ex *l. 37. §. 1. D. de har. inſt.* Sunt tamen & alij modi ſubſtituendi, de quib. paſſim in Dig. An autem etiam inſtitutus ſibi ipſi ſuſtitui poſſit, *vide l 9. §. ult. D. h. t.*

Ad §. 2. Et ſi ex diſparib.

Regula hæc eſt: Si omnes ſibi invicem ſubſtituantur hæredes, nec partes in ſubſtitutione exprimantur, eædem cenſentur repetitæ quæ in inſtitutione fuerunt nominatæ *ut hic. & l.10. in p. l.24. l.41. §.1. D. h. t. l.1. C. eod.* V. G. Titius ex beſſe, Cajus ex quadrante, Sejus ex uncia hæredes ſunto, eoſque invicem ſubſtituo. Finge: Cajus ex quadrante inſtitutus non fit hæres. Ergo quadrans iſte deſertus dividetur inter Titium & Sejum pro modo inſtitutionis, ut ſcilicet Titius VIII. ejus partes & Sejus unam conſequatur. Eadem regula etiam in pupillari ſubſtitutione locum habet. *l.8. & l.9.* D. *h. t.* Et in fideicommiſſis quoque. *l.78. §. Mævia. D. ad SC Trebell.*

Ad §. 3. Sed ſi inſtituto.

Altera regula eſt: Si hæres inſtitutus cohæredi ſuo fuerit ſubſtitutus, deinde alius eidem hæredi ſubſtituatur, hic tertius utroque deficiente utriusq; partem capit, tàm inſtituti, quàm ſubſtituti: ut hîc, & *l.27. l.41. in pr. D. h. t.* V. G. Titius & Mævius hæredes ſunto. Si Mævius hæres non erit, Titius hæres eſto. Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto. Neuter fit hæres. Ergo Sempronius ad utramque partem admittitur. R. Dub. eſt. Quia Sempronius non utriq. ſed uni tantùm Mævio fit ſubſtitutus, quemadmodum & Titius. Sed R. Decid E. Quia Titius Mævio non tantum eſt ſubſtitutus, ſed etiam cohæres, cui portio deficientis cohæredis etiam jure adcreſcendi defertur, non tantùm vi ſubſtitutionis: eiq; tandem ſubſtitutus eſt Sempronius. Videtur ergo teſtator voluiſſe, ut hic Sempronius utrique eſſet ſubſtitutus & partem caperet utriusque ſine diſtinctione. Quæritur hoc loco, ſi ſubſtitutus moriatur antequam ipſi deferatur hæreditas ab inſtituto deſerta, an ad ipſius hæredem pertineat? Id negat *l.9. verſ. alia cauſa. D. de ſuis & legit.* His addenda eſt tertia regula ex *l.39. §. ult. D. h. t.* ſi teſtator pluribus inſtitutis hæredibus ſubſtituerit omnibus præter unum, hoc uno deficiente, ſubſtitutio reliquis facta etiam ad ſe trahit ipſius partem.

Ad §. 4. Si servum.

Agitur hîc de substitutione facta servo alieno, quem testator ignoravit esse servum, sed pro libero homine habuit. Eadem de re est & *l.40. & l.seq. D. de hær.inst.l.3.C.eod.* Summa hæc est: Si testator servum alienum, quem putabat esse liberum, hæredem instituerit, eique, si hæres non erit, Mævium substituerit: & is servus hæreditatem adierit jussu domini sui, non excludetur ab hæreditate Mævius substitutus, sed in partem dimidiam cum domino servi admittetur. R. Dub.est.Quia (ut sup.dict.) quamdiu admitti potest institutus, non est locus substituto. Satis hoc ipsum declarant hæc verba: Si hæres non erit. Sed ea verba aliter accipiuntur in eo, quem testator scit alieno juri subjectum esse, nimirum ita, ut substitutus per ea excludatur: Aliter accipiuntur in eo hærede, quem testator putavit esse patremfam. & sui juris, nimirum ut simul admittatur, ut hîc, & *d.l.40.D.de hæred.instit.d l.3.C.eod.* Sed de hæreditatis divisione inter dominum servi & substitutum facienda non convenit inter Interpretes. Alij enim putant, eam ita esse faciendam, ut primò fiant duo semisses, quorum unus integer pertineat ad dominum, ex altero pars item dimidia, id est quadrans ad eundem dominum, & alter quadrans tantùm ad substitutum. Et hi nituntur *d.l.40.* Alij semissem attribuunt domino, & alterum substituto: quorum sententia verior videtur. Et placet emendatio Cujacij, qui in *d.l.40.in fi.* pro, alter semis, legendum putat, As, errore nato ex notis.

AD TIT. XVI. DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

EXponitur hîc quo jure sit introducta & quibus fiat substitutio pupillaris: Item à quibus & quomodo sive qua forma fiat: quæ sit ejus vis & natura sive qui effectus: denique quomodo finiatur. Obiter etiam de Quasi pupillari substitutione agitur. Quod ad primum attinet, dictum est supra ad tit. præc. hanc substitutionem moribus esse introductam. *ut hîc, verf. nam morib. & l.2. in pr.D.eod.* Sicut & ipsa patria potestas, quæ ut exhæredationis, ita & hujus substitutionis causa est, moribus recepta esse dicitur, in *l.8.D. de his qui sui, &c.* Ratio introducti hujus juris hæc est, commodum scilicet & favor filij impuberis, ut cum ipse sibi testamentum facere & hæredem instituere non possit, per patrem ei consulatur, ne moriatur intestatus. Pater autem optimè liberis suis præsumitur prospecturus *l.22 D.ad L.Iul.de adult l.7. C.de cur. fur.l.67. §.de uno. D. de rit. nupt l.pen.* C. *de adopt.* In personis quibus substitui possit, tria requiruntur: I. ut sint liberi. II. ut sint in potestate. III. ut sint impuberes. Extraneis igitur hoc modo testator substituere non potest. *§.ult.infr.h.t.* Neque etiam pater liberis emancipatis. *l.2 in pr.D.h.t.* Neque liberis naturalibus, id est, extra justas nuptias procreatis: Quia hos in potestate non habet, ut *sup.d.§. si adversus. tit. de nupt.l.45.D h.t.* Neque mater, alijque parentes, qui liberos in potestate non habent: Neque puberibus aut ultra annos pubertatis. *l.2.C. de impub. & al. subst.*

Imò

Imò evanescit substit. pupillaris pubertate, sive cum in suam tutelam pupillus pervenerit *l.14. & l.43.D.h.t.§.pen.inf.h.t.* In suam tutelam venisse vel suæ ætatis factus esse dicitur is, qui jam pubes est factus: *ut hîc, in pr. & l.39.in p.D.h.t.l.50 cum l.seq.D.de leg.3.l.3.C.de test.tut.Cic.1.de orat.& 3.in Bruto,* & aliis multis in locis. *Corn.Nepos in vita Eumenis:* quoad liberi ejus in suam tutelam pervenissent. Excipitur miles, qui etiam liberis quos in potestate non habet, & puberibus quoq; pupillariter & directò substituere potest *l.28. & l.41. §.pen.D.de test. mil.l.15.D.h.t.l.8.C.eod.* Non solùm autem ita substituere potest pater liberis suis, si eos instituerit hæredes, verùm etiam si exhæredaverit: idque vi patriæ potestatis §.*non solùm.inf.h.t.l.1.& 2.substituere.D.eod.* Neq; solùm jam natis, sed etiam postumis liberis pupillariter substitui potest *d.§. non solùm. vers. quacunque inf. h.t.* Quot liberis substitui possit, exponitur *in §.vel singulis.inf.h.t.* Ex his simul intelligitur, à quibus substitui possit pupillariter. Fit enim substitutio hæc tantum à parentibus, & quidem illis, qui liberos in potestate habent: Et fit tum demum si ipsi sibi prius testamentum fecerint. Pater enim qui liberis suis pupillariter substituere volet, prius sibi ipsi testamentum facere debet. Nisi sibi quoq; hæredem instituat, testamentum paternum non valet. Et si testamentum principale non valet, pupillare quoque, quod ejus est sequela & pars, nullius est momenti. *l.1.§.ult.& l.2.in p.vers.nam si principale.& §.1.& §.4.D.h.t.arg.c.accessorium.de Reg.Iur.lib.6.& l 129.§.1.l.178.cum principalis.D.de R.I.* Interdum tamen pupillaris substitutio manet, institutione licet infirmata per bon. possessionem contra tabulas *ut l.34.§ ult.D.h.t.*

Ratio est, quia duæ dantur bonorum possessiones separatim: una contra tabulas testamenti paterni: Altera contra tabulas secundas *l.8. §. ult. D. de bon.poss. sec.tab.* Non obstat *l.22.D.h.t.* Ea enim lex agit de substituto petente bonorum possessionem contra tabulas patris, eumq; ait repelli à substitutione. Sed *d.l.34.* loquitur de bonorum possessione, quam non ipse substitutus, sed alius petit. Sæpè autem in jure distinguitur testamentum principale à pupillari, quæ etiam secundæ tabulæ dici solent *l.11.§.5.quod vulgò.& l.79.D.ad l.falci. l.1.§.1.D.si cui plus quàm per l.falc.l.5.§.14.qui principale.l.16.in p.D. de his quib. ut indig. l. pen. §. ult.C.de nec.serv.l.38.§.ult.D.h.t.d.§. liberis. inf. h.t.l.2. §.2.ad causam. & l. pen. D. Test. quemadm.aper.* Excipitur hîc quoque miles, cui permittitur testamentum facere filio suo quamvis sibi non fecerit *l.41 §.ult.D.de test.mil.* Nihil tamen interest, an pater filio per scripturam faciat testamentum, & sibi per nuncupationem; An contra. *l.20.§ 1.D.h.t.l.8.§.ult D.de bon.poss.sec.tab.* Potest autem pater tàm eum eósve, quos sibi hæredes instituit, etiam filio substituere, quàm alios: Et tàm servos quam liberos: etiam eum qui post mortem nascetur illius, cui substitutus hæres fuerit *l.9.& 10.§.1.D.h.t.l.18.C.eod.l.54.D.de hær.inst.l.17.D.h.t.* Sed hoc ad locum illum pertinet, qui possint substitui pupillariter, de quo nihil hîc agitur. Quomodo & qua forma fiat hæc substitutio, traditur *hic in pr. & §. fin.autem.& §.substituitur.* Summa hæc est, I. Hanc substitutionem in utrumq; casum fieri, sive in duplicem casum: ut si filius meus hæres non extiterit, vel si hæres extiterit & impubes decesserit, ille hæres esto *ut hic in pr. & l.4.D.eod.*

Cũ substitutio vulgaris tantũ fiat in unũ casũ, nimirũ nõ aditæ hæreditatis. Hinc substitutio ista duplex dici solet. *l.45.in pr.D.h.t.* Cũ vulgaris sit simplex. II. Ad modũ & formã hoc quoq; pertinet, ut testator securitatis causa, ne pupillo insidiæ struantur à substituto, si is sciat, se secundũ hæredem esse, nomẽ ejus occultè subscribat in inferiori parte testamẽti, q̃ vetet vivo pupillo aperiri peculiari lino obstrictã & propria cera obsignatã. Et hoc vocabant veteres Ima cera aliquẽ scribere hæredẽ, ut Cicero, Horatius, Suetonius, Asconius, Pædianus, &c. De lino testamẽtis adhiberi solito dixi *sup.ad tit.*10. Sic ẽt supra Mysticum testamentũ ob eandẽ causã fieri posse dixi, vitandarũ sc. insidiarũ & periculorũ. *l.21.C.de test.* Verùm hoc non tàm esse præcepti q̃ consilij, quod extra parendi necessitatem positũ est *l.77.§.mando.D.de leg.2.* inde apparet, Quod substitutio hæc nõ idcircò minus valeat, etiãsi apertè in ijsd. tabulis scripta sit. ut *in §.fin aũt.vers.illud palã.* & si hæc res, ut dictum est non careat periculo. III. Ad formã pertinet, quod hæc substitutio vel nominatim fit, vel generaliter. Nominatim, ut Filius meus impubes hæres esto. Si hæres non erit, aut si intra pubertatẽ vel 10. annos decesserit, Titius hæres esto. Generaliter, ut Filius meus impubes, itẽ Titius, Cajus, Mævius hæredes mihi sunto. Quisquis mihi hæres erit, idẽ filio meo intra pubertatis annos mortuo hæres esto. Hæc formula generalis usitatissima est, & cõpendij causa fit, cũ plures, sunt instituti hæredes ut: *hic.& l.3.l.5.l.8.§.1.l.10.in pr.l.31.l.34.§.1.D.eod l.ul.C.De impub.& al subst.* Illa aũt verba: Quisquis mihi hæres erit, hunc habent sensum: I. Ut tantũ cõplectantur hæredes scriptos, non ẽt eorum vel patres, vel dominos, vel hæredes. II. Ut eos tantùm denotent, qui revera etiã hæredes extiterunt ipsi patri, id est qui hæreditatem ejus adierunt & agnoverunt. III. ut ex iisdẽ partib. substituti, ex quibus erant instituti *ut hic.§.substituitur. & d. l.3.5.8.& 10.D.eod.* Deniq; ad formam pertinet, Quod quemadmodum institutio, sic & substitutio pupillaris fieri potest & purè & sub conditione. *d.l.8. D. h.t.* De vi & natura sive effectu hujus substitutionis hæc tenenda sunt. Primùm, substitutus pupillariter interdum patri fit hęres; interdum ipsi filio impuberi. Patri quidẽ si filius hęres ei non extiterit. Nam per hæc verba: Si filius meus hęres non erit, Titius hęres esto, videtur testator Titium sibi quoq; substituisse. Et ita substitutio pupillaris etiam in se vulgarem complectitur. Filio autem fit hęres non patri, si filius patris hęres factus intra pubertatem decesserit. Sed obstat, quod hoc casu substitutus utriusq; hęreditatem consequitur tàm patris quàm filij. Est enim testamentũ patris duarum causarum, id est duarum hęreditatum. *§.igitur.h.t.* Unde & duplex testamentum dici solet, ut sup probavi. Videtur ergo dicendum, quod utrique succedat. ℞. Hæ duæ hęreditates ita conjunguntur, ut pro una habeantur. *l.59.D. de adq.hær.* Secundò, in pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamẽta, unum patris, alterum filij. *d.§.igitur.h.t.* Quorum illud nomen habet primarũ tabularum, hoc secundarum. *d.l.11.§.5.quod vulgò.D.Ad L. Falc.ut & sup.d.* Illorũ autẽ error reprehendendus est, qui putant diversa esse hęc duo testamenta, à patre factum filio impuberi, & pupillarem substitutionem. Hęc n. duo JCtis idem valent. Rectè autem ait Imp. Quodammodo. Nam patris & filij testamẽtum pro uno habẽtur. *d.l.2.§.prim.& l.26.D.h.t.l.28.D.de bon.auct.jud.possid.* unde & mox se ipsum

se ipsum quasi corrigens ait: Aut certè unum testamentum duarum causarum. Nam pupillares sive secundę tabulę sunt pars est sequela seu accessio testaméti paterni. §. *liberis.h.t.l pen D.quemad.test.aper.* Parsauté cum toto ejusdem est naturæ & rationis. Quod verò unũ sit testamentũ patris & filij, in multis articulis juris cernitur. Primùm in solennibus quæ una tãtùm hìc sunt necessaria, siquidem eodem tempore utrumque sit factum testamentum. Sufficit enim si patris testamentum sit à VII. testib. signatum. *d.l.20.D h.t.* Secundò in Falcidia, quę una tantùm hìc detrahitur. *l.11.§.quod vulgo.D.Ad L Falc.* Tertiò in eo, quod qui adit hęreditatem unius, non potest repudiare hęreditatem alterius; sed cogitur utramq; agnoscere, vel utramq; repudiare. *l.10.§.filio. D.h.t. l.59.D.de acq.hær.* Cujus regulę exceptio est in *l.12 D.h.t.*& in *l.41.D.de acq.hær.* Nimirũ in eo, qui à patre suo institutus & fratri substitutus est. Is enim potest hęreditatem patris recusare, & fraternam retinere. *d.l.12.& d.l.41.* Nonnunquam tamen hę duę hęreditates non habentur pro una, sed pro diversis ac separatis: ut in *l.28.D.de bon. auct.jud.poss.* Finge: Pupillus abstinuit se hęreditate paterna, quæ nimirũ plena erat æris alieni, & bona per creditores sunt vendita. Postea moritur filius ante pubertaté. Hoc casu substitutus ejus id quod postea ei bonorum obvenit, habebit; non auté creditores, qui bona pupilli propter æs alienum patris vendere nõ possunt. *d.l.28.* Evanescit pupillaris substitutio & expirat pubertate, In maribus XIV. anno, in fœminis XII *ut hic.§.masculo.& §.1.qua ratione.l.43. in pr. & §.1. D eod.* Quod adeò verũ est, ut licet longius tépus in ea cõprehésum fuerit, tamé finiatur. *l.7.& l.14.D.h.t.* Non.n. potest testator tépus illud prolongare, sed contrahere potest: ut, Si filius meus intra X. annum decesserit. *l.21.in pr.D.h.t.* Ratio cur finiatur pubertate, hęc est, Quia tũ cessat causa, propter quã introducta est hęc substitutio. Causam hanc esse supra dixi, ut scil. filio impuberi, qui testamétum ipse facere non potest, pater faciat utilitatis ipsius causa. Non debet igitur quod ob favoré ejus receptum est, in ipsius læsioné & injuriam detorqueri, cõtra *l.6.C.de ll.& arg.l.43.D.h.t.* Miles tamen hoc tempus excedere potest, & filio etiã ita substituere, si contra annũ XXV. &c. mortuus fuerit. *l.15. D.h.t.l.8.C de imp.& al.subst.ut & sup.d.* Ratio est posita in privilegio militari. Neq; id mirũ in filio militis, cum etiã extraneis hęredib. ita substituere possit, si hęreditate adita mortui fuerint. *l.6. C de test.mil.* Paganus verò neq; filio post pubertaté neq; extraneo substituere potest directò, sed precario tantùm, i.e. per fideicõmissum: Quæ precaria substitutio potius restitutio & sępius fideicõmissum dicitur: de quib. *inf.tit.de fideicom.hær.* Existit auté hìc nobilis quęstio, An substitutio pupillaris inutilis, ut quæ post pubertaté extenditur, salté ad precariã deflectatur: De qua quęstione vid. *Duaren.ad tit.D. de vulg.& pup. subst.in cap. de milit subst. Ioan.Vaudus lib.2.quæst.11.Dd.ad d.l.8.C.de imp.& al.subst.* Summa hęc est: A pagano factã non deflecti. *l.7.D.h.t.* sed tantùm à milite. *d.l.15.D.eod.& d.l.8.C. de imp.& al. subst.* Excipiunt vulgò testamentum, in quo adjecta est clausula codicillaris. In eo enim volunt, substitutionem directam inutilem converti in fideicommissũ, Aliàs non ité. Deinde substitutio pupillaris fit irrita, si is cui substituitur, mortis tépore nõ fuit in potestate sive familia testatoris. *l.41.§.2.cũ fil.D.h.t.* Ratio in aperto est, q̃a deficit causa hujus substitutionis, q̃est patria potestas. Cessã-

te autem ratione cessat jus. Duobus autem temporibus in potestate esse debet is, cui substituitur: Testamenti & Mortis. Media tempora hîc non nocent, ut neq; aliàs solent *l.6.§.solemus. & l.49.§.1.l.59.§.4. D. de hær. inst.* Et hæc de pupillari substitutione. Ex quib. jam facile erit definitionem ejus quandam constituere huiusmodi, ut *sit substitutio duplex, quæ à patre testamentum sibi prius faciente liberis suis impuberibus, quos in potestate habet, facta in subsidium ætatis donec in suam tutelam venerint existente secundo casu sine conditione mortis substitutum efficit hæredem filij.*

Nunc priusquam de Quasi pupillari substitutione agamus, colligamus aliquot differentias inter Pupillarem & Vulgarem. Primùm ergo differunt origine, *ut supr. d.* II. Personis. Vulgaris fit omnibus hæredibus & à quolibet testatore: Pupillaris tantùm fit pupillis seu liberis impuberibus, & fit tantùm à parentibus qui liberos in potestate habent. III. Modo & forma. Vulgaris fit in unum tantùm casum, non aditæ hæreditatis: Pupillaris plerumque in duplicem casum, non aditæ hæreditatis, & Mortis. Unde duplex substitutio appellata est, *ut supr. d.* Non frustra dixi, Plerumque. Interdum enim fit in eventum mortis duntaxat, ut in filio exhæredato, cui etiam pupillariter substitui posse *supr.* admonui. IV. Vulgari substitutione confirmari potest institutio: sed pupillari non potest, neque ex toto neque ex parte *l.44.ex pupillari.D. h. t.* V. Vulgaris substitutio non fit, nisi hæredi instituto; Pupillaris fieri potest etiam exhæredato. VI. Duratione & fine differunt Vulgaris evanescit aditione hæreditatis: Pupillaris verò pubertate. VII. Vulgariter substitutus succedit ipsi testatori: Pupillariter, nunc testatori, nunc pupillo: *ut supr. d.* Postremò sciendum, Vulgarem substitutionem interdum continere tacitam pupillarem *l.4 in pr.* D. *h.t.* Sed tantùm in testamento militis: quæ sententia verior videtur. Nunc de substitutione Justiniana seu Quasi pupillari dicamus: de qua est §. *Qua ratione. h.t. & l. 9.* C. *de imp. & al. subst.* Hanc vulgò exemplarem & Exemplariam vocant, quia bis Imp. hic dicat, Ad exemplum pupillaris substitutionis: *ut & in d. l. 9.* Sed hac ratione multæ res dicendæ essent Exemplares: ut peculium Quasi castrense, quod introductum est ad exemplum castrensis *l.4.* C. *de advoc. diversf. jud.* Sic actiones exemplares dicendæ essent, quæ proponuntur ad exemplum interdictorum, &c. Rectius ergo *cum Duareno, Giphanio, & Donello* eam appellabimus Quasi pupillarem, quamvis de verbis non libenter pugnem, ubi res satis intelligitur: & licuit fortasse Interpretib. ὀνοματοθετεῖν. Hac autem substitutione possunt parentes suis liberis furiosis & mente captis etiam puberibus testamentum facere & substituere in casum mortis non aliter quàm pupillis. Non tamen quoslibet, sed tantùm certas personas iis substituere debent, Puta liberos aut fratres, si quos habeant, i. e. heredes futuros ab intestato: & tandē his deficientib. etiā extraneos.

Eaq; substitutio evanescit, si liberi mentis compotes facti fuerint. Ratio est eadem quæ in substitutione pupillari: quia sicut impuberes testamentū sibi facere non possunt, ita nec furiosi, *ut supr. d. ad §. præterea. Quib. non est permiss. fac. test.* Ergò benignitatis & humanitatis intuitu receptū est, ut parētes eis testamētū facere possint: quod olim ante constitutionē Justiniani non poterant, nisi facultatem

cultatem à principe beneficio seu privilegio quodam impetrassent: ut apparet ex *d. l. 40. in pr. D. h. t.* Sed hæc intelligenda sunt de liberis perpetuo furore laborantibus. Nam si intervalla habeant, hoc modo eis substitui non potest, cum sibi ipsi jam testamentum facere possint. Notandum est autem, quod hęc substitutio etiam ab iis parentib. fieri potest, qui liberos in potestate non habent, ut à matre: In quo differt à pupillari, quæ à matre fieri non potest, *ut supr. d. initio tit.* Ratio est, quia hæc substitutio non pendet ex patria potestate, ut illa prior, sed ex benignitate quadam & humanitate: non ex civili inquam sed ex naturali ratione, quæ etiam in matrem & avum maternum cadit. Quæri autem potest, si filius simul & impubes sit & furiosus, an in eo locum habeat substitutio pupillaris, an potius quasi pupillaris ista? Dicendum videtur, potius pupillariter ei substitui debere arg. *l. 3. in pr. & §. 1. D. de tutel.* Sed tamen tutius esse arbitror, si q. pupilariter ipsis substituatur. Fieri enim potest, ut etiam post pubertatem furor perduret: cum pubertate finiatur substitutio pupillaris. Nisi dicere velimus, hoc casu pupillarem substitutionem converti in q. pupillarem. Sunt igitur hæ inter pupillarem & q. pupillarem differentiæ 1. Illa est ex morib. sive jure non scripto, hæc ex jure scripto, constitutione videl. Imp. Justiniani. 2. Illa nititur ratione ætatis, & fit liberis impuberibus. Hæc fit ob furorem & fit liberis perpetuo furiosis vel dementibus etiam puberibus. 3. In illa testator quos vult substituere potest: Hac certæ tantum personæ, si adsint, puta fratres & sorores, substitui debent. 4 Illa fit tantum à parentib. qui liberos in potestate habent: hæc etiam à matre. Statutis tamen Noricis etiam matri & avo materno permissum est, ut liberis impuberi 6. pupillariter substituere possint non minus quam pater & avus paternus, hoc tamen discrimine, ut pater possit substituere non tantum in suis bonis, quæ à se ad filium pervenerint, sed etiam in alijs, quæ aliunde: Mater vero tantum quo ad bona, quæ à se in liberos profecta fuerint, non autem ulterius substituere eis potest. *vide Reform. Norib. tit. 30. l. 2.* 5. Illa finitur pubertate: hæc evanescit sanitate mentis recepta. 6. Hæc finitur si filio furioso liberi nati fuerint: quod in pupillo locum non habent, cum is nuptias contrahere non possit. Postremo observandum ex Statutis Noricis, non tantum liberis furiosis ad hunc modũ substitui posse, verum etiã surdis & mutis *t. 30. l. 3.*

AD TIT. XVII. QUIB. MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

HUic *tit.* respondet *tit. D.* de injusto rupto vel irrito facto testam. *& seq.* De his quæ in test. delentur. Vide & *Vlp tit. 23. in frag.* Testamentum igitur vel statim ab initio est Inutile, injustum, & nullius momenti: ut si in eo non sint observata solennia, aut si filius in potestate in eo præteritus sit: Idque cum ipso jure sit nullum, non opus est ut rescindatur. Vel ab initio quidem valebat; sed postea infirmatur ac rescinditur *l. 1. D. de iniust. ruo.* Rescinditur autẽ vel jure prætorio, V. G. per bonorum poss. contra tabulas: de qua *infr. lib. 3.* vel jure civili, ut per actionem præteriti *l. 17. D. de iniust. rupt.* Per querelam inofficiosi testamenti: de quo *infr. tit. prox.* Si ruptum fuerit, si irritum factum. Etsi

enim utraque hæc verba, Ruptum & Irritum, idem fermè valent, ut promiscuè illis uti possimus, & tàm ruptum dicere id, quod est irritum factum, quàm irritum, quod est ruptum: tamen docendi causa commodius visum fuit ea distinguere §. *hoc autem casu. infr. h.t.* Quo pertinet regula ab Artemidoro tradita *lib. 14. in pr.* Quando artificiosè quis loquitur, singula propriè appellare oportet: cum verò communiter quis loquitur nominib. abuti licet.

Rumpitur ergo testamentum, cum testatoris quidem persona & jus atque conditio in eodem statu manet, sed jus ipsius testamenti vitiatur. Quod accidit duobus modis: Agnatione sui hæredis, & Testamento posteriore ritè ac jure perfecto. Porrò agnatio vel est propria, vel est quasi agnatio. Propriam voco cum postumus nascitur post testamentum.

Hic si neque institutus sit, neque exhæredatus ut oportet, testamentum rumpitur *l. 3. D. de injust. rupt. & d. supr. ad tit. de exher. lib.* Quasi agnatio est, cum quis ab aliquo adoptatur vel arrogatur: Item cum quis in locum sui hæredis succedit, ut nepos mortuo vel emancipato filio, auo fit suus hæres, qui non erat, dum filius manebat in potestate: Item cum mulier olim conveniebat in manum mariti: Denique cum filius ex prima secundáve mancipatione manumissus in potestatem patris revertitur. *Ulp. d. tit. 23. §. agnascitur.* Imp. hîc agnationem propriam planè omittit, & Quasi agnationis unam tantum speciem adfert, nimirum adoptionem: de qua est & *l. 8. D. de injust. rup.* Ea fit vel per Imperatorem, & Arrogatio dicitur: vel per prætorem, & est adoptio in specie. Illa adoptatur paterfam. hac filiusfam. ut *supr.* expositum est *lib. 1.* Diversum autem jus est in eo, qui ab extraneo, & in eo, qui ab aliquo ex parentibus, cujus in potestate antea non erat, adoptatur: De quo discrimine *supr. d. ad §. sed hodie. tit. de adopt. & ad §. adoptiuum. supr. de exhær. lib. ex l. pen. C. de adopt.* Ratio, cur testamentum agnatione sui hæredis rumpatur, est, quia ad suum hæredem ita pertinet hæreditas, ut etiam vivo patre quodammodo sit dominus bonorum, & omnimodo ab eo instituendus sit vel exhæredandus. Si prætereatur, testamentum fit injustum, *ut supr. d. ad tit. de exhær. lib.* Ergo etiam postea agnato idem juris est. Adeò autem illa vera sunt, ut etiam militis testamentum rumpatur agnatione sui hæredis, nisi contraria fuerit militis voluntas *l. 7. & 2. seqq. D. de test. mil. l. 9. & 10. C. eod.* Rumpitur autem interdum totum testamentum per agnationem; interdum pars tantùm ejus: *ut in l. 3. §. ult. D. de injust. rup.*

Ad §. Posteriore & §. Sed et si.

Alter rumpendi testamenti modus est Testamentum posterius ritè ac jure perfectum *ut hic & l. 1. l. 2. & l. 16. D. de injust. rup.* Cum enim voluntas hominis sit ambulatoria ad extremum usque Spiritum & semper voluntas suprema potior habeatur: *l. 4. D. de adim. leg. l. 32. cum hic status pœnitentiam. §. 3. D. de don. int. vir. & ux. latè Bart. l. 22. si quis. D. de leg. 3.* Potest testator quotiescunque voluerit, testamentum mutare: Et testamententum prius rumpitur posteriore perfecto. Novissima enim voluntas semper spectatur, ut etiam in legatis & fideicommissis:

commissis: itemque in legibus, pactis, contractibus: denique in omnibus ferè actibus humanis posteriora derogant prioribus.

Placetque valdè illud Tertulliani *lib. de baptismo*: In omnibus posteriora rem concludere, & sequentia antecedentibus prævalere.

Et testamentum est suprema voluntas, seu ultimum judicium vel arbitrium hominis, post quod amplius aliud quæ velle non potest *l. 1. C de sacros. eccles.* Cur non utrum simul valet? Quia (*ut & supr. dictum*) nemo duobus testamentis diversis decedere potest, nisi sit miles *l. 19. D. de test. mil.* Adeò autem testamentum prius rumpitur per posterius, ut hoc verum sit etiamsi ex posteriore nemo extiterit hæres, id est, licet illud desertum sit ac destitutum. Satis est enim, si potuerit ex eo aliquis hæres existere, etiamsi non adierit *ut hic vers. nec interest. & d. l. 1. in verb. Ex quo hæres existere poterit. d. l. 16. D. de in ust. rup. l. 54. D. de hær. inst.* Dub. T. C. erat, quia testamentum, ex quo nemo fit hæres, irritum efficitur, ut mox dicemus *l. 9. D. de test. tut.* Non debet igitur per id rumpi perfectum ac validum. R. Decid. est, quia aditio hæreditatis non pertient ad perfectionem & substantiam testamenti, ut illud sit jure factum ac firmum; sed tantum ad exitum & effectum testamenti *ut infr. dicetur ad tit. de hæred. qual. & diff.* Neque prius testamentum & ejus jus in pendenti esse debet, ut firmum maneat, si posterius infirmetur: Sed pure absolutè, simpliciter ac statim rumpitur per posterius, ita ut nunquam postea vires recuperare possit.

Deinde adeò verum est, quod testamentum prius rumpatur per posterius, ut etiamsi in posteriore testamento hæres institutus sit ex reb. certis, tamen obtineat *ut hic. §. sed & si quis. & l. 29. D. ad SC. Trebell.* Ratio est, quia tametsi unus hic sit, ex asse hæres erit, quasi certarum ubi rerum mentio in testamento facta non esset; *ut supr. d. ad tit. de hær. inst.* Sin habeat cohæredes, pro eo est ac si sine partib. instituti essent; Proindeq; hæredes erunt ex partib. æqualib. *l. §. 1. quod si. & l. 9. §. si duo cum 2. ll seqq. l. 35. in p. & l. 78 D. de hær. inst.* Idq; interpretatione prudentiũ effectum, est ut talis institutio sustineatur favore testamenti. Si tamen posteriori testamento inserta sint fideicommissi verba, quib. testator voluit priores quoq; tab. valere, hæres in secundo testamento scriptus ex reb. certis, iis contétus esse debe, ac reliquam hæreditatem restituere illis, qui in priori testamento sunt instituti. Quòd si res ipsi relictæ non suppleant quadrantem, supplebit eum ex l. falcidia *ut hic & d. l. 29. D. ad SC. Treb. ll. l. 12. §. 1. D. de in ust. rup.* Sed benè observandum est quod dixi, Testamento posteriore ritè ac jure perfecto prius rumpi. Ratio est, quia id demum propriè dicendum est testamentum, quod jure perfectũ & absolutum est. Reliqua tantùm abusivè testamenta dicuntur *l. 1. & 2. §. 1. D. Testam. quemad. aper.* Si ergo imperfectum aut etiam injustum sit testamentũ posterius, tum verò prius firmum manet *§. ex eo autem. inf. h. t. l. 11. D. de in inst. rup. l. 7. D. de lib & post. l. 27. C. de testam.* Exceptiones duæ sunt: I. In testamento militis. II. In testamento eo, in quo hæredes sunt scripti, qui ab intestato successuri erant. Hæc. n. testamenta etiamsi non sint perfecta, tamẽ rumpunt prius *l. 2. D. de injust. rup. l. 34. §. 1. D. de test. mil. l. 21. §. si quis autem. C. de testam.* Quos priores

 in ea

in ea hæreditate vocat *l.12.§.1.D.de bon. poss. sec. tab.* Cessat ista exceptio, si etiam in priore testamento tales scripti essent hæredes, qui ab intestato quoque succederent: ut *Sichard. probat ad d.§. si quis aut. nu. 3.* C. *de testam. contra Paul. Castrens.* Hæc tamen secunda voluntas non ut testamentum, sed quasi ultima voluntas intestati valebit *d.l.21.* C. *de testa.* Et his quidem modis testamentum rumpitur. Nunc videamus, quot modis fiat irritum: qua de re & Ulp. agit *d.t.23.§.irritum.*

Ad §. Alio autem, & §.5. item, ult.

Irritum fit testamentum, vel (ut cum Papiniano loquar in *l.1. D. de iniust. rup.*) in (malim irritum const. vel inritum const. ut veteres scribebant.) irritum constituitur, quatuor modis: I. Capitis diminutione testatoris: de quo modo solo hic Imp. agit. II. Non adita hæreditate, sive desertione ac destitutione. III. Conscissione, deletione, inductione & cancellatione tabularum. IV. Fraudulenta institutione Imperatoris, si quis principem litis causa scripserit hæredem. *§. ult. h. t. & l. pen. D. de hær. inst.* Sed hic modus quartus ad secundum referri potest. Nam hic quoque testamentum deseritur ac destituitur, cujus hæreditatem princeps admittere recusat: quod Pertinacem fecisse testis est Capitolinus in ejus vita. Ratio est in *l.3.C.de testa. l. 23. D. de leg. 3. l. 4.* C. *de ll. Paul. lib. 4. Sent. tit. 5.* Quia eum qui leges facit, pari majestate legib. obtemperare convenit. Capitis diminutione testamentum fit irritum qualibet, non solùm maxima, verùm etiam minori, vel media, & minima. Ratio est, quia testamentum fieri non potest, nisi ab eo qui liber homo sit, & civis Rom. & sui juris sive paterfam. *ut supr. d. ad t. Quib. non est permiss. fac. testa.* At omnis capitis diminutio, qualis qualis sit, aliquod horum adimit: maxima libertatem, media civitatem, minima jus familiæ, ut qui antea erat Paterfam. sive princeps suæ familiæ, jam incipiat alienæ esse subiectus cum capite simul & fortunis *l. pen.* D. *de bon. poss. sec. tab.* Aliud est in testamento militis, quod arrogatione vel adoptione militis non fit irritum *§. denique. supr. de mil. test. l.22. D. eod.* Ratio est, quia miles etiamsi sit filiusfam. testamentum facere potest. Ad hunc modum referri potest sententia capitalis. Nam capite damnati testamentum etiam fit irritum *l. 5. §. qui autem.* D. *eod.* Deinde huc pertinet is casus, quo testator se ipsum sceleris conscientia & pœnæ metu interemit. Nam & ejus testamentum fit irritum *d. l. 5. § eius.* D *d. t. l. 2. C. Qui test. fac. poss. de quo plura dixi supr. ad tit. 12. in fi.* Secundo testamentum fit irritum, si ex eo nemo exstiterit hæres *§. posteriore. vers. ideoque h. t.* Et hoc casu res ad causam intestati recidit *l.1. in fi. D. de iniust. rup. l. 9. D. de test. tut. l. 14. & l. 29. C. de fideicomm. l. 1. §. 1. D. de leg. 3. l. 64. D. de V. S. l.181. D. de reg. jur. § 1. infr. de hær. quæ ab intest. def.* Et hoc testamentum dici solet destitutum *§. quantitas. in fi. infr. de l. falc. l. 73. in p. D. eod. l. 9. § si filium. D. de lib. & postu.* Item desertum *§. & licet. infr. de hær. quæ ab intest. defi.* Varijs autem ex causis accidere potest, ut ex testamento nemo existat hæres: vel quia nolit quis, vel quia non possit, vel quia morte præventus sit, vel quia conditio, sub qua institutus erat, defecerit: de quibus in *d. §. posteriore. vers. ideoque.*

Et his

Et his casibus succedent hæredes ab intestato, arg. *l.39.D.de acq. hær.* Militis quoque testamentum fit irritum, si ex eo hæreditas non sit adita; sed tamen pupillaris substitutio in eo valet *l.32.& l.41.§.ult.*D.*de test.mil.* Tertio, testamentum fit irritum etiam incisione, vel deletione tabularum priorum *l.pen.*C.*de testam.l.2.& ult.D.de his quæ in testam.del.* Si tamen testator ex pluribus tabulis uno exemplo scriptis unas tantùm incidit tabulas, testamentum conservabitur, nisi hæredes legitimi probent, testatorem hoc animo id fecisse, ut intestatus decederet *d.l. ult.*

Ad §. Non tamen.

Exceptio sive limitatio superiorum hîc adfertur. Testamentum, etiamsi jure civili irritum factum sit per capitis diminutionem testatoris, Prætor tamen sustinet, data hæredi scripto bonorum possessione secundum tabulas, si modò & testamentum à VII. testib. subsignatum fuerit, quod unum spectat Prætor tanquam solenne testamenti prætorij: & si testator tempore mortis civis Rom. fuerit, & sui juris sive paterfam. puta, quia post adoptionem iterum emancipatus est: *ut hîc, & Vlp.tit.23.§. si septem signis.l.12.in pr.*D.*de injust.rup.l pen.§. 2. testamento.*D.*de bon. poss.sec.tab.*

Ad §.pen. Ex eo autem.

Diximus de modis, quibus testamenta infirmantur. Sequuntur duo quibus non infirmantur. Primus est, sola voluntas. Alter testamentum posterius imperfectum: de quibus est & *l.20.cum l.seq.§.si quis.*C.*de testam.* Et de posteriore jam sup.dict. est. Cur autem sola voluntas contraria sive pœnitentia prius testamentum non infirmet, ratio est, quia nihil tàm naturale est unumquodq; eo modo solvi, quo colligatum est *l.36.*D.*de reg.iur.* Atqui testamentum sola voluntate non constituitur *l.pen.§.ult.*D.*de bon.poss.sec.tab.* Ergo nec tollitur. R. T. Dubit. est, quia in testamentis spectanda est voluntas postrema, *ut sup.dict.* Sed respond. Non satis esse nudam voluntatem, nisi ea declarata sit etiam facto aliquo, ut cancellando vel incidendo priores tabulas, vel alio facto testamento *l. 1. §.pen.*D.*si tab.test.nul.ex tab.* Si quid testator mutare voluerit, omnia de integro facere debet: quanquam declarationem aliquã etiam post solennia adjicere possit *l.21.§.1.*D.*Qui testam.fac.poss.* Interdum tamen etiam sola voluntate testamẽtum infirmatur, si videlicet ab eius resignatione (quæ testibus minimum tribus probanda est) elapsum sit decennium *l.27.vers.sin autem testator.* C. *de testam.*

Ad §. ult.

Hujus §. argumentum jam sup. paucis attigimus, *ad §. Alio autem. h. t.* Observetur autem memorabilis sententia Helvij sive (ut alij vocant) Aelij Pertinacis Imperatoris apud Jul. Capitolinum: Sanctius esse inopem Rempub. obtinere, quàm ad divitiarum cumulum per dedecorum vestigia pervenire. Cui similiter Theognis in Gnomis:

Βούλομαι δικαίως ὀλίγοις σὺν χρήμασιν οἰκεῖν,
ἢ πλουτεῖν ἀδίκως χρήματα πάντ' ἔχων.

Exiguus opibus, sed justis, vivere malo.
Contentus, quam divitiis cumulatus, at iniquis.

Longè dissimilimus huic Pertinaci fuit Caligula: quem testatur Suetonius rescidisse testamenta principilarium ut ingrata, qui Tiberium aut se non reliquissent hæredem: rescidisse quoque cæterorum ut irrita & vana, quoscunque quis diceret hærede Cæsare mori destinasse. Quo metu injecto cum jam & ab ignotis inter familiares, & à parentibus inter liberos palam hæres nuncuparetur, derisores vocabat, quod post nuncupationem vivere perseverarent: & multos veneno sustulit, quo citius ipsis succederet. Sed injuriam severo & integro principi Pertinaci facere videmur, si cum eo vel impari collatione cõtenderimus impurissimum monstrum Caligulam.

Postremo ad hunc titulum quæri potest, an Testamentum resurrectione mortui testatoris infirmetur, cujus morte prius fuerat confirmatum. De hoc autem casu idcircò nullæ sunt Leges, quia rarissimus est. Leges autem feruntur de iis quæ plerumque accidunt *l.6.D de Legibus.l.3.in fin. D. si pars hæred. pet.* Si tamen contingat reverti aliquem in luminis oras

Frigida quem semel est vitai pausa secuta,

ut ait Lucretius, (quemadmodum in Lazaro à Christo resuscitato contigit,) puto æquissimè dici quod ejus testam. infirmetur: quam sententiam *Iul. Clarus probat in §. Testamentum. quæst. 86.*

AD TIT. XVIII. DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

AD modos infirmandi testamenti hic quoque tit.pertinet: cui congruit titulus similiter conceptus tàm in D.quàm in C. Vide & Paulum *lib. 4. sent. tit.5.* Est autem inofficiosum testamentum quod frustra liberis exhæredatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum. *Paul. d. loco. Isidor. lib. 5. cap.24* Hæc definitio nimis angusta videtur. Non enim illud solum est inofficiosum testamentum, in quo liberi iniquè sunt exhæredati aut præteriti; sed etiam in quo parentes, imo etiam interdum fratres & sorores. Generalius itaque dicendum est: Testamentum inofficiosum esse, quod non ex officio pietatis factum est *l.2.D.h.t.* Pietas enim non solum parentibus, verùm etiam aliis cognatis debetur *l. 25. D.* de his qui not. infam. Sed Paulum ita excusare possumus, quod speciem in hoc genere eximiam ac præcipuam definire voluerit. Nam querela primariò & principaliter introducta est pro liberis, qui contra officium pietatis sunt exhæredati vel præteriti: qui immerentes hoc fulmine exhæredationis (sicut Quintilianus in Declamationibus appellat) à parentibus icti sunt: Secundariò autem pro parentibus vel fratribus ac sororibus. Querela autem inofficiosi quàm sit frequens, & cur tàm sit frequens, exponitur *hîc init. tit. &*

tit.& l.1.3.& 4. D. eod. Ea definiri potest actio, qua testamentum defuncti accusatur, quasi à non sanæ mentis testatore contra officium pietatis naturalis factũ, & petitur, ut testamento illo rescisso hæreditatas scripto hæredi auferatur, & adjudicetur actori tanquam proximo hæredi ab intestato. Actio inofficiosi & de inofficioso testamento vocatur *in l.12.& l.15 § filius.l.21.D.h.t.l.3.C.eod.* ut valdè mirum sit reperiri, qui de eo dubitent, an querela sit actio. Dicitur interdum etiam accusatio inofficiosi *l.6.§.si quis.& l.17.in pr. l. 27.in p. & §. pen. l. ult. D.h.t.l.11.C eod.* Aliquando etiam appellatur petitio hæreditatis de inofficioso, ut *l.34.C.h.t.l.pen.§.sed quemadmodum.D.de bon.poss.cont.tab.* A qua tamen multum modum distat illa petitio hæreditatis, de qua est *tit. D. & C. de hær. pet.* ut monet Cujac. *ad Paul. lib.5. sent.*

Sed quo jure hæc querela introducta sit, quæritur. Et Cujac. *lib. 2. obs. c.21.* putat, Lege Glicia introductam esse, argum. inscriptionis *l.4.D.h.t.* Quem tamen refutat *Iac.Ravard.in lib.de Auctor.prudent.c.12. & vult,* Interpretatione prudentum introductam esse: quæ sententia probabilis videtur: tùm quia verbum inducendi sæpè usurpari solet, cum de auctoritate prudentum sermo est, *arg.l. 29. D. de lib. & post.* tùm quia colores & fictiones sunt Jurisconsultorum propriæ ad conservandas regulas ac rationes juris *l.15.D de usurp.& usucap.* Querela autem hoc quasi colore & hac fictione defenditur, tanquam non sanæ mentis fuerit testator, cum testamentum faceret, *ut hic, in pr.& l.2.l.5.§.1.l.13.& l.19. D.h.t.l.36.D. de leg.3.*

Quamquam etiam legum fictiones reperiantur, ut videre est in *l. Cornelia, de testamentis eorum, qui in captivitate moriuntur.* D. Giphanius putat, eam Moribus & jure non scripto esse introductam contra jus strictum, benignitate & humanitate quadam. Sed his omissis exponamus ordine & breviter hæc capita: Quibus hæc querela detur, & contrà, quibus non detur, sive quomodo excludatur: Et quæ sint justæ causæ exhæredationis,& à quo probandæ illæ sint: Denique qui sit querelæ effectus.

Primum igitur datur querela Liberis, qui immerentes & indignè atque iniquè vel exhæredati sunt, vel præteriti: præteriti inquam à matrè vel avo materno. Horum enim præteritio tantum valet, quantum patris vel avi paterni exhæredatio: *ut sup. dict.§.ult.de exhæred.liber.* Non enim est consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt *l.4.D.h t.* Liberis enim hæreditas parentum jure naturæ debetur, nisi ipsi indignos se successione fecerint. *l.7.D.de bon. damnat.* Liberos ad bona parentum naturæ simul & parentum commune votum vocat *l.7. in fin. D.si tab. test. nul. ex tab. unde lib. l.15.in pr.D.h.t.* Et sanguinis ratio *l.2.D.unde cogn.* Nemini autem jus suum invito & immerenti auferri debet, per jura vulgaria.

Datur autem liberis utriusque sexus, sive sint emancipati, sive in potestate, sive naturales, id est, ex justis nuptiis à nobis procreati, sive adoptivi: sive justi, sine injusti. *§. tàm autem. h. t.* In adoptivis autem distinctio adhibenda est supra quoque tradita. Sed adoptatus à fœmina sive permissu

Impera-

Imperatoris, de inofficioso testamento agere nequit *l.29.§.quoniam.D.h.t.* Item datur nepti contra testamentum avi, licet nata sit ex filio emancipato *l.7. C. h. t.* Etiam spurijs contra testamentum matris tantùm: nam patrem non habent *l.29. §.1.D.h.t.* Ratio horum omnium est, quia querela non nititur jure patriæ potestatis, sed jure sanguinis & cognationis naturalis, sive officio pietatis: quod quia hîc violatum est, testamentum dicitur inofficiosum: quod Cicero inhumanum vocat. Sic Valer. Max. *lib.7.c.4.* Testamentum, in quo filia sine causa præterita est, plenum furoris appellat. Quæritur de postumo, an & illi detur? Resp. Olim dabatur, tàm suo quàm alieno, si in utero fuisset mortis tempore *d.§. tam a. vers. postumi. & l.6.in p.D.eod.* Hodie verò quia postumus neq; exhæredari amplius neque præteriri potest, ut sup.dict. non datur ei querela inofficiosi, sed testamẽtum est ipso jure nullum. Quod si plures sint liberorum gradus, semper datur querela proximioribus, qui scil. etiam ab intestato alios excluderent. Si proximiores cessent, sequentibus datur. Est enim in ea locus successioni *l.31.in pr.D. h.t.* ut autem aliæ actiones patri per filium acquiruntur: Ita & querela filio competens, quæ per patrem consentiente tamen filio instituenda est *l. 8. in p. & l.22. D. h. t.*

Secundo querela datur parentibus contra testamenta liberorum, *ut hic, §. non autem.l.1.l.14.& l.30.D.h.* Etiamsi pater filium vel emancipaverit, vel in adoptionem dederit. R. Dub.E. quia non parentibus liberorum, sed liberis parentum bona debentur, propter votum parentum & naturalem erga liberos caritatem *d.l.7.§.1.D.si tab test.nul. ext.l.15. D.h.t.* R.T. Decid. E. Quia turbato ordine mortalitatis, parentes quoque ad bona liberorum miserationis ratione & ob solatium luctus admittuntur *dd.ll.& arg.l.ult.C.de inst.& subst.* Et hoc est, quod sup.dicebamus, primariò quidem querelam fuisse inductam propter liberos; secundariò propter parentes, fratres & sorores. Datur autem parentibus querela etiam contra fratres vel sorores defuncti hæredes institutos *l.17.C.h.t.* Cumque liberi dum vivunt, parentum necessitatibus succurrere debeant *l. 1. C.de al. lib.* Meritò etiam morituri ipsos potius, quam extraneos hæredes instituere debent. Nihil enim tam naturale aut pium est quam benefacta quibus majora esse nulla possunt, benefactis, quibus quis potest rependere, atque ita secundum Pindarum τὸν εὐεργέταν ἀγαναῖς ἀμοιβαῖς ἐποιχομένους τίνεσθ. Quod cum quidam facere neglexissent, Poëtæ ipsos pœnæ causa apud inferos torqueri fecerunt. Tertio datur querela fratribus & sororibus non uterinis sed consanguineis contra testamentum fratris vel sororis, sed uno tantum casu nimirum si hæredes scripti infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ (malim vitæ) macula aspergantur ut hic §. 1 *vers.soror a.l.21.& l.27.C.h.t.* Ratio est, quia tametsi frater fratri vel soror sorori non tantum debeat, quantum parentes liberis, vel hi illis: tamen eo ipso officium pietatis violatur, quod frater vel soror turpes & infames personas fratribus & sororibus & quidem immerentibus præfert. Jam igitur deberi his incipit, quibus antea adeò nihil debebatur ex bonis fratris, ut etiam citra vitium aut injuriam præteriri ab eo possent. Præter has personas nemo eorum qui ex transversa linea veniunt, ad inofficiosi querelam admittitur, ut hic §.1.*vers.ultra fratres.*

fratres. & d.l.21.C.eod. Et ut eleganter Ulp. ait *in l.1. D. h. t.* cognati proprij (al. proximi) qui ſunt ultra fratrem, melius facerent, ſi ſe ſumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere ſpem non haberent. In qua lege illa verba: qui ſunt ultra fratrem, puto à Triboniano eſſe interjecta. Nam conſtitutionibus Imperatorum, ut videtur Ulpiano, poſteriorum fratribus & ſororibus demum etiam querela data eſt. Si tamen ulteriores quoque cognati caſu aliquo fortè obtinuerint in querela, videlicet cum nemo eos repelleret, quamvis ipſis victoria non proſit, tamen inteſtatum faciunt defunctum, ut ad hæredes ab inteſtato ſucceſſio jam deferatur *l.6.§.1.D.h.t.* Sed de his omnibus illud in genere admonendum eſt, ita demum querelam ipſis dari, ſi nullo alio remedio eis conſulatur, quo ad defuncti hæreditatem veniant, *ut hic §.tàm autem arg.l.16.D.de minor.* Eſt enim querela odioſa, utpote contraria voluntati defuncti, (quam ſolemus dicere pro lege obſervandam eſſe) & quæ teſtamentum jure civili ritè factum reſcindat, & convellat parentum judicium, cui reverentia potius debebatur, quantumvis videatur illud durum & iniquum.

Memorabilis eſt enim illa vox Socratis, Patrem etiam ἀγνώμονα tamen liberis ferendum eſſe, ſiquidem pij haberi velint. Et laudatur Afrania, quæ teſtamentum matris ſuæ Æbutiæ, quamvis in eo præterita eſſet, tamen impugnare noluit, *teſte Val. Max. lib. 7. c. 8.* Hinc querela ultimum adjutorium dicitur ab Imper. *in l.ult. C.de lib. præter. & à Theophilo hic* ἐσχάτη βοήθεια. Unde etiam facilimè excluditur, ut mox dicam. Si ergo exhæredatus vel præteritus alio jure ad hæreditatem pervenire poteſt, querela ei non datur: ut ſi teſtamentum poſſit falſum vel irritum dicere vel injuſtum: Si poſſeſſionem contra tabulas petere poſſit, &c. Deinde hoc quoque commune eſt omnium, quod inofficioſum dicere poſſunt etiam illud teſtamentum, in quo hæres eſt inſtitutus Imperator *l. 8. §. ſi Imp.D.h.t.Paul.lib.4.ſent.tit.5.* Quæritur de hærede ejus, cui querela competebat, an & ipſi detur? Reſp. Querela ad hæredem tranſmittitur, ſi modò præparata & cœpta ſit controverſia, & ſi defunctus à lite non deſtiterit *l.6.§.ult.& l.ſeq. l. 15. §. 1. D.h. t. l. 5. C. eod.* Nam ſi quis litem ſemel inſtitutam poſtea dereliquerit, non audietur amplius, nec ipſe, & multò minus ipſius hæres *d.l. 8. §.1. & d l. 15.§.1.* Excipiuntur liberi, in querela tranſmittitur, etiamſi non fuerit præparata à defuncto, ut à filio exhæredato in nepotem *l.34.& l.36.in fi.C h.t.* Ratio differentiæ, cur hic plus concedamus liberis quàm extraneis hæredibus, ut ad illos etiam non præparata, ad hos tantùm præparata, querela tranſmittatur, eſt duplex.

I. Quia liberis hæreditas debetur jure naturæ, & ſanguinis: unde etiam debitum naturale dicitur *d. l. 36.* Et liberi penè ad propria bona venire dicuntur, *l.11.D.de lib. & poſt.l.1.§. largius. D. de ſucceſſ.ed.* Quod de extraneis dici non poteſt.

II. Quia filio nihil imputari poſſit, cur querelam non præpararit, utpote quæ nondum nata fuerat, hærede ſcripto adhuc deliberante, & filio morte prævento. Querela enim ante aditam hæreditatem non naſcitur *l.8.§.10. ſi conditioni. D. h. t.* cum nondum ſit contra quem detur. Nam querela non datur con-

tra lignum sive ipsum testamentum, sed contra hæredem scriptum. Tantum de his quibus querela detur. Sequitur de his quibus non detur, & de modis quibus excludatur. Primum igitur non datur iis, qui aliud remedium habent ad consequendam hæreditatem, ut supra dictum: Secundo nō datur agnatis vel cognatis ex transversa linea venientibus, ultra fratres & sorores consanguineos, qui & ipsi uno tantùm casu ad eam admittuntur, ut supra exposui. Tertio non datur contra testamentum militis, ne militi quidem, sive id jure militari factum sit, sive civili & communi. *l.8.§.si quis in militia.l.27.§.2.D.h.t.l.9.& l.24.l.ult.in pr.C.eod.* Imò ne quidem contra testamentum de quasi castrensi peculio factum datur. *d.l.ult.C.h.t.* Quarto non datur ei, qui semel judicium defuncti agnovit & approbavit: Id quod variis modis fieri potest: V.G. agnitione legati vel fideicommissi, subscriptione testamenti, solutione debitorum hæreditariorum, conducendo aliquid hæreditarium ab hæredibus, accipiendo id, quod statu liber vel hæres sub conditione institutus, dare jussi sunt *l.8.§.si conditione l.10.§.1.l.12.l.23.§.1.l.pen.§.si hæres.& §§.seqq. D.h.t.l.8.§.1.C.eod.l.5.D.de his quæ ut indignis:* idque adeo verum est, ut etiam Dominus & Pater à querela depellantur qui legatum filio aut servo suo relictum agnoverunt *d.l.12.D.h.t.* Quanquam filio tamen non nocet Patris agnitio *l.22.D.h.t.* Sic etiam exheredatus repellitur à querela qui petenti legatum ex testamento advocationem præbuerit, aut procurationē ejus susceperit *l.ult.in pr.D.h.t.* Aliud tamen dicendum est in eo qui non suo nomine aliquid in testamento relictū agnoscit sed officij necessitate adductus: is enim non prohibetur quo minus postea testamentū hoc dicit inofficiosum *§.si tutor. h.t.* Et contra, qui testamentum alieno nomine accusavit tanquam inofficiosum non perdit legatum sibi in eo ascriptum *d.§ si tutor. vers. sed si è contrario h.t. l.30.§.1 D.h.t.l.22.D.de his quæ ut ind.* Quia ut ait Triphon. officij necessitas & tutoris fides excusata esse debet, quomodo & aliàs officij necessitas excusat *d.l.5.§.9.& § advocatum fisci D de his quæ ut indig.l.2.C.de calumniatoribus, l.24.§ restitutio. D de minor.l.14.§.pen D.de bonis libert.l.49.D.famil. ercisc.l.2.C.qui accusare non possunt* Quo pertinet quod alias dici solet. Nemini officium suum damnosum esse oportere *l.7.D testam.quemadm.aper* & hoc est quod ait *d.l.10.D.h.t.* nisi id totum alij administravit. Dicés etiam advocatus & procurator alteri totum administrat & alieno nomine agit perinde ut Tutor vel Curator. Ergo non debebat repelli propterea à querela. Resp. Tutoris munus est publicum & necessarium: sed advocatius & procuratoris est voluntarium: inter quæ duo magna est differentia. Ad hoc locum pertinet etiam is qui pactus est cū herede ne querela uteretur eique renunciavit quorum omnium ratio est: quia nemo potest consilium suum mutare in alterius injuriam ut habet R.I.in l.75.D.de R.I. & cap. quod semel de R.I.in 6. Si tamen filius cum Patre paciscatur ut accepta certa pecuniæ summa non agat de inofficioso, non ob id excluditur *l.35.§.1.C.h.t. Paulus lib.4. sent.5* quia non tam pactis magis filij provocandi sunt ad obsequia paterna quam pactionibus astringendi. V. Non datur querela ei qui habet quartam *§.ult.h.t.l.8.§ quoniam D.eod.l.25.D.eod.l.6.C.eod.* Quarta enim excludit h. querelam sicut et ammquerelam inofficiosæ donationis & dotis: imo etiamsi eam non habeat integram: tamen si aliquid in testamento ipsi relictum sit quiescente querela agere

debet ad ejus supplementum § *sed hæc ita. h.t. l.30. C.eod.* & hujus supplementi mentio fit etiam in *l.34.&36.C eod.l.ult.C de liber.preteritis.* Dices hujus supplementi petitionem reperiri etiam apud Paul.l. 4. sent. Ergo non esse à Justiniano introductam. Resp. Tempore Pauli adhuc liberum erat filio vel supplementum petere vel de inofficioso agere: hodie vero ea electio non amplius est integra: sed cessante querela supplementum omnino petendum est: cujus ratio est, ut querela quantum fieri potest coerceatur & excludatur, & ut testamenta maneant firma & rata: & hoc est quod Imperator ait, Se ad verecundiam naturæ eam actioné ad supplementum quæ est condictio ex lege introduxisse. Verecundia enim & reverentia, quæ Parentibus à liberis debetur, ut est in *l.6.D.de in jus voc. l.4.D de curat.fur.* hoc suadet & postulat, ne facile parentum testamenta liberi rescindãt. Olim autem testator aliquid relinquens filio, adjicere solebat, ut si minus quarta hoc esset, tum boni viri arbitratu suppleretur *l.4.C.Theod. h.t. l.1. & 2 C Gregor. eod.l.25.D.h.t.* Hodie semper petendum est supplementum, etiamsi testator hoc non adjecerit. Sed etsi quid filia v.g. in vita patris acceperit legitimæ nomine, bonis patris postea auctis poterit eadem petere supplementum ex bonis patris quæ fuerunt tempore mortis. *Zas.ad l.si quando §.1.C.de inoff.test.* idem *ad l.quod servus D.de cond.caus.dat.& ad Auth.novissima C.h.t.Grammat.dec.57.n.30 Covar.in c.quamvis de pact in 6.in 3.pact.§.1.* Hæc quarta (quam Jac. Revard. putat introductam esse auctoritate prudentum, alij v. à D. Marco) vulgò appellatur legitima: Imper.*hic ex l.8. C eod.* vocat eam quartam legitimæ partis, id est non totius hæreditatis sed portionis ab intestato debitæ. Hottom. quartam legitimariam vocat. Etsi autem aliæ quoque quartæ dici possint legitimæ, quia causam habent ex lege (quomodo & legitima pacta, & successionem legitimam & hujusmodi alia legibus introducta confirmatave dicere solemus) ut Falcidia, Trebellianica, *§.excipiatur vers.omnibus alijs & §.prohibemus.vers nunc lic.bit, Nov.18.* tamen hoc nomen propriè hæsit in ea parte hæreditatis, quæ illis debetur, qui de inofficioso agere possunt, & appellatur debitum bonorum subsidium in *l.5. C.de inoff.donat.* & χρέος in Nov.18.& νόμιμον μέρος à Constantin Harmenop. *Epit. lib.5.tit.de Falcid.* & νόμιμον μέρος à Zonara in Theodos. Jun. Ea porrò olim quidem indistincte erat quarta pars debitæ intestatò portionis, unde etiam nomen adepta est, *d.l.8.§ quoniam.& §.4 D.h.t.l.6.C eod.l.2.C.de inoff.donat.& hic §.ult.* Finge. Testator cum haberet in bonis quadringenta, unum ex liberis instituit hæredem: alteri aliquid in testamento reliquit quod minus sit quarta v.g. viginti; Hic ergò quæritur, quanta debeat esse quarta legitima: Resp. Quinquaginta, ea n. est quarta, quarta pars de ducentis quæ est portio legitima sive ab intestato debita filio: addet ergo frater ad supplendam fratri quartam triginta. Sed hodie quantitas legitima non nihil à Justiniano mutata est, nam interdum est triens, id est 4. unciæ, si videlic. quatuor vel pauciores sint liberi: interdum est semis, si plures sint quam quatuor, inter quos æqualiter fiet divisio: interdum est dodrans, si videlic. liberi sint Decurionum seu Curialiũ *Nov.28.39 87 & 89.& 92. Ubi Cujac. Auth.novissima ubi Las.& alij.C.de inoff.test.Vide & Reformat. Norib.tit. 29.l.3.* V.G. Duo sint filij, quorum pater in bonis reliquerit 12000. florenorum.

Hic legitima filiorum est triens, id est, 4000. quæ inter se æqualiter divident, ut singuli accipiant duo millia: Idem erit si tres, si quatuor sint liberi, nempe ut accipiant trientem & inter se æquis portionibus dividant. Rursum finge: quinque esse liberos, & in bonis patris 12000. flor. Jam legitima erit semis, id est, 6000. Ex quo singuli capient virilem portionem, videlicet 1200. florenos. Quæritur autem hic de quarta Parentum & fratrum ac sororum, quanta illa sit hodie, & parentum quidem quarta indistincte videtur esse triens: sicut solet, cum 4. vel pauciores sunt liberi. *Iason. ad d. Auth. noviss. n. 35.* quem Wesemb. hic in fine sequitur.

Fratrum vero & sororum manet quarta, quamvis Cujac. *ad Nov.* 18. putet hanc quoque esse ampliatam. Verum opinio glossæ *in d. Auth. noviß.* melior videtur quam & Wesemb. & alij probant. Hæc quarta quomodo sit computanda docet *l. 8. §. quarta D. h. t. Paul. l. 4. t. 5.* Breviter notandum est, nihil in eam imputari debere, nisi quod expressa lege cautum sit, ut imputetur *l. pen. C. de collat.* Verbi causa, Dos & donatio propter nuptias in legitimam imputatur *l. quoniam. C. de inoffic. test.*

Cum autem Parentes liberis hanc quartam reliquerint salvam: non est ipsis adimendum arbitrium reliquæ hæreditatis etiam inæqualiter dividendæ *l. 8. parentib. C. h. t.* Quamvis melius atque consultius est, ut parentes servent æqualitatem distributionis bonorum inter eos, quos nascendi sorte natura fecit æquales, ne inæqualitas bonorum mater sit discordiæ. Qua de re vide elegantiss. locum Ambrosij in Hexaëmer.

Quæritur autem quo titulo relinquenda sit liberis legitima? Olim quidem non solum titulo institutionis sed etiam quovis alio poterat relinqui, ut legati, fideicommissi, donationis causa mortis, donationis inter vivos, si testator hoc adjecisset expresse, ut in quartam imputaretur, *ut hic & l. 35. §. & generaliter C. h. t. l. 8. §. si quis l. 25. D. eod.* item titulo dotis, donationis propter nuptias *l. 29. C. h. t.* Hodie vero solo institutionis titulo relinqui debet ex *Nov.* 115. §. aliud, quãvis contra disputat *Iohan. Vaud. l. 1. quæst. juris. c. 5.* Sed an tolli possit legitima per statutum? Alij ajunt alij negant: ut videre est apud Andr. Gail. Sunt etiam qui distinguunt, ut liberorum quidẽ tolli non possit, ascendentium seu parentum possit, multoque magis fratrum ac sororum. Vide Alex. *ad l. quod de bonis §. fin. D. ad L. Falcid. Socin. consil. 5. vol. 1. Dec. cons. 19. col. pen Curt. Iun. cons. 10. n. 7. Franc. Rip. respons. 7. lib. 1. Gozadin. cons. 43. n. 25.*

VI. A querela removetur is qui tacuit per quinquennium numerandum ab adita hæreditate, non autem à morte testatoris *l. 34. §. 8. ult. C. h. t.* Ratio est, quia tacite repudiasse videtur hæreditatem, & remisisse querelam, atque in voluntate defuncti acquievisse, qui intra quinquennium non est persecutus suum Jus, ut ita hic modus excludendæ querelæ videatur referri posse quodammodo ad eum, quem quartum fecimus.

Ex magna tamen & justa causa etiam post quinquennium querela adhuc institui potest *l. 8. §. ult. D. h. t.*

Cur

Cur autem quinquennium non sit numerandum à morte testatoris: sed à tempore aditæ hereditatis, ratio est quia ante aditam hereditatem nec nascitur querela ut *supr. d. ex d. l. 8. §. si conditioni D. h. t.* Non potest autem extingui actio quæ nondum cepit competere *argumento l. 29. D. de usufr. leg. & l. 69. D. de condit. & demonst.* cum privatio præsupponat habitum *l. decem. D. de verb. obl.* & mora non potest officere non cessantibus *l. 16. C. h. t.*

VII. Querela inofficiosi non datur Matri vel Fratri contra tabulas pupillares *l. 8. §. sed nec impub. ff. h. t.*

VIII. Querela non quidem denegatur: sed tamen sine effectu proponitur ab eo qui justè exheredatus est, vel præteritus. Ratio est: quia sibi imputare debet qui malè meritus est de Testatore, eiusque indignationem in se concitavit. Malè meritus namque publicè, ut exemplo alijs ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet ut eleganter inquit Triphoninus in *l. 31. D. depositi:* Nec id inquum est, cum quisque ex suo vitio hoc incommodo afficiatur, ut inquit *Cajus in l. 15. D. si quis omissa causa test.* Causæ porrò exheredationis si addantur (ut hodie omnino faciendum est) dicitur exheredatio facta cum elogio, sive cum nota, ut Filius meus ille impius qui me verberavit, qui me testari prohibuit, qui me ab hostibus redimere noluit, &c. exheres esto. Item Filia mea quæ turpiter & flagitiosè vixit, &c. vide *l. 14. §. ult. D. de lib. & post. l. 1. §. idem ait D. de carboniano edicto. l. 9. C. de suis & legit.* Quintilianum *L. 7. c. 5. si* exheredatum filium, &c. Sunt autem justæ exheredationis causæ, quę communi ingratitudinis verbo continentur, expositæ *in nov. 115.* quæ lectionem potius quam interpretationem desiderant. De ijsdem & Cuiacius tractat *ad nov. 18.* Hæ in persona liberorum sunt 14. (ut in versu vulgari dicitur Bis septem ex causis non heres gnatus habetur) In persona Parentum octo, vel ut alij numerant 6. In persona fratrum & sororum tres; quarum quædam sunt communes, quædam propriæ, ut ex ipso Novellæ textu cuivis legenti manifestum erit. Quærit *Christoph. Porc. hîc* quare plures sint caussæ exheredationis in persona liberorum, quam vel parentum vel fratrum & sororum. Et respondet non ineptè, quia plus debeant liberi parentibus quam hi illis, vel frater fratri aut sorori. Quantò plus autem debent ipsis, tantò gravius in ipsos delinquunt si pietatis officium lædant.

Olim erat incertus numerus nullaque lege expresè definitus: sed ingratitudo & offensa relinquebatur æstimanda arbitrio centum Virorum *argento l. 13. D. h. t. & l. ult. C. de liberis præteritis.* Centum viralia namque judicia erant de testamentis & hereditatibus alijsque causis civilibus gravioribus *l. 2. §. deinde D. de orig. juris l. ult. C. de pet. heredit. l. 30. D. de liber. legata. Quintil. L. 4. c. 1. Plinius lib. 5. Epist. epist. 1. Cic. 1. de orat. & alibi. Sueton. in Aug. & in Vespasiano. Val. Maximus L. 7. c. 7.* Sed an numerus ille *in nov. 115.* expressus augeri possit aliarum adjectione, vel æque gravium vel graviorum, gravis est contraversia inter Interpretes, de qua vide Jasonem *ad auth. non licet n. 6. & 7. C. de liberis præteritis: & Cuiac. ad d. nov. 18. Vigl. ad §. ult. supr. de exhered. lib. & in §. pen. h. t.* v. g. An justa sit caussa exheredationis, si liberi absque consensu parentum contraxerint matrimonium, &c. Sed quis probare debeat ingraditudinem sive eum

qui exheredatus est, malè meritum esse de testatore & proinde justa indignatione exheredatum fuisse: Isne qui querelam instituit, se innocentem probabit: an heres scriptus contra quem instituitur querela eum nocentem esse: hac de re videnda est *l.28.C.h.t. item l.22.& l.30.eod. t.C.de secund. nup.* Hodie vero cũ omnis exheredatio fieri debeat cum elogio ut dixi *ex nov. 115* semper probatio incũbit heredi. IX. Quæritur an querelam & quartam suam perdat qui testamentũ falsi accusavit nec obtinuit, & quidem vulgo id putant sed male. Est enim contra expressam *l.14.C.h.t.l.47.D.de h. red.petit: l.5 C.eod.* Nec obstat exceptio rei judicatæ: nam ea locum habet non aliter quam cum eadem est petendi causa *l.18. D. de except. rei judic.* Ea tamen aliquis perdit quæ ex eo testamento ipsi debebantur *l.2.C.de his quæ ut indig.* R. Diff. cur amittat relicta sibi intestaméto & nõ amittat quartam, est, quia quarta non debetur ex judicio testatoris, quemadmodum alia in testamento relicta: sed natura & lege. Postremo de Effectu seu Eventu atque exitu hujus querelæ pauca dicamus. Alius autem est Effectus siquis in querela succumbat: alius si vincat. Nam si succumbat & testamentum improbe dixerit inofficiosum perdit quicquid sibi relictum est in eo testamento quod tanquam indigno aufertur & fisco applicatur *l.8.§.meminisse.D.h.t.l.5.ff de his quæ ut indig.* Non enim debet fructum quis consequi ex eo quod nisus est impugnare *c.38 de R.I. in 6.* Diversum jus est in eo qui alieno nomine officiosi querelam proposuit ut Tutor de quo *supr.* dixi. Ea tamen quæ donata sunt ipsi inter vivos, item quæ in dotem data, &c. non amittit *l.11.ff.h.t.* Alijs autem per eum injuria non fit, quibus ex eodem testamento aliquid debetur ut legatario, fideicommissario, substituto. *Paulus l. 4. sent. t. 5. §. rogatus & §. seq.* At vero si quis in querela obtinuerit, & si testamentum inoff. pronunciatum sit querela hunc effectum habet, ut testamentum rescindat omnino & ipso jure, adeo ut nihil ex eo valeat nec legata, nec fideicommissa, nec libertates, nec tutelæ, nec alia in eo scripta *d. l. 8. §. si ex caus. l.13. Titia & l.28. D.h.t.l.13. C.eod.l.36. D. de legat. 3.* Rescisso namque testamento paterf. intestatus *l.6.§.1.l.17.D.h.t.d.l.13.l.22.& l.28.C eod.* Nam cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur testamenti factionem habuisse defunctus non creditur *d. l.17. §. 1. ff. h. t.* Cur ita? quia fingitur non sanæ mentis fuisse cum testaretur ut *supr. d.* Ergo jure intestati ipsi succeditur ab eo qui vicit, si is eiusmodi est, cui ab intestato successio debeatur sin minus victoria ipsi non prodest, sed alijs qui ab intestato successionem habent etiamsi ipsi non egerint *d.l.6 §. si quis ex his D.h.t.* Sed quod attinet ad rescissionem testamenti & ad petitionem hereditatis de inofficioso sunt qui existiment duplici actione hic opus esse: Una qua ipsum testamentum rescindatur: Altera qua hereditas petatur. illud appellant judicium rescindens: hoc rescissorum: Atque hoc duplex judicium in alijs quoque juris articulis inculcant V. G. cum tractant de restit. in integrum. Verius a. videtur utrumq; effici simul una actione: nempe ut & testamentũ rescindatur, & ut hæreditas de inofficioso petatur. JCti quidã certè antiqui nusquã ita distinguunt, & hæc quidẽ de jure veteri quo totũ testamentũ rescindebatur & res devolvebatur ad causam intestati. Hodie ex jure noviss. querela non totum testamentum rescindit, sed tantum ejus partem videlicet institutionem

tionem

tioné heredis: reliqua vero testamenti capita relinquit firma *nov. 115. §. sive igitur vers. si. a. hæc unde sūpta est auth. ex causa C. de lib. præt. ritis*, quod sane mirū alicui videri queat: & contrarium rationibus juris. 1. quia testam. accipit vires suas ab institutione heredis tanquā à capite & fundaméto suo, eoq; everso nihil in testamento scriptū valeat. Deinde quia hoc pacto fiat ut quis pro parte testatus, & ꝓ parte intestatus decedat quod est contra *l. 7. ff. de R. I* sed constitutiones Imperat. præsertim posteriorū sæpe vim inferunt arti & R. I. ut alias admonui. R. a. huius novissimi juris est ut querela quæ odiosa est quā minimū rescindat de testatoris voluntate tantū videl. ne injuria fit liberis & alijs quib. legitima debetur: sed ut hi debitū suum naturale consequantur, hoc a. fit sola institutione rescissa. Similis casus est in decreto Hadriani quod refert Paulus *in l. 28. ff. h. t.* ubi testamentū in quo mater filium suū militē quē falso rumore acceperat decessisse præterierat alijs institut. heredib. filio postea domū reverso etiā tantū quoad institutionē rescinditur, legata v. & libertates eo relictæ præstandæ sunt. Ad extremū sciendū est, esse etiā alias duas querelas ad exemplū hujus nostræ introductas: nempe querelam inofficiosæ donationis & querelam inofficiosæ dotis de quibus proprij extant tituli in C. proximè subiecti t. de inoff. testamento.

AD TIT. XIX. DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Titulus iste pertinet ad executionem testamenti, i. e. ad aditionem vel repudiationé hereditatis: quia aūt non idem ius est omnium heredū quoad aditionem, divisio seu differentia heredum hic proponitur. Congruit cum eo *t. ff. de jure deliberandi & t. de acquir. vel amit. hered. itē t. C. de iure delib. & t. de repudi. vel abstin. hered.* Videatur & Paulus *l. 4. t. 4. & Vlp. t. 22. in fragm.* Heredum ergo differentia & conditio triplex est: Aut enim sunt necessarij, aut sui & necessarij, aut Extranei seu volūtarij. Hæc divisio ex duab. cōflata est more JCtorū. nā prior divisio hęc est. Heredū alij sūt sui: alij extranei sive alieni, sicut & postumos dividim⁹ in suos & alienos: Altera est, ꝙ alij sunt necessarij, alij volūtarij *l. 15. & l. seq. ff. de acq. her. l. 12. ff. de cōdit. inst.* Necessari⁹ heres est serv⁹ à Domino suo institut⁹, cū is nō esset solvédo, Hoc ut liceret Domino ꝑmissū est l. Ælia Sentia de qua *sup. d. in p. t. q. & ex quib. caus.* sed sciédū est nō ampli⁹ q̄ unū necessariū heredé fieri posse & quidé tū demū, si nemo ali⁹ ex eo testaméto heres esse possit *l. 42. & l. 57. ff. de hered. inst.* Quod si plures Domin⁹ instituerit servos soi⁹ is hereditaté capiet q primo loco script⁹ est: reliqui manebunt servi ne fra⁹ fiat Creditorib. *l. 60. & l. 83. §. 1. ff. de hered. instit.* ꝙ si non appareat quis primus institutus sit, ut accidit si plures sint ejusdé nominis: vel si in circulo scripti sint: nemo ex illis heres aut liber erit *argum. l. 42. & l. 30. ff. de testam t.* Necessarij hi appellantur heredes non ideo ꝙ testator cogatur eos instituere: potest enim vel intestatus mori, vel alium instituere, sed quod ipso jure omnino velint nolint & heredes fiant & liberi. Ratio, ut bona hered. potius q̄ defuncti nomine possideātur & distrahātur à Creditorib. hereditarijs, atq; ita honori defuncti parcatur. Quanquā a. hoc durū esse videatur adversus servū. I. dum cogitur esse heres: Deinde ꝙ in ipsum quasi derivatur ignominia q̄ comitari solet bonorū distractioné: tamé ęquo animo ferenda sūt servo ista incōmoda ꝓ quib. dupl. cōmodū cōsequitur nā & lib. fit ꝙ est bonū

inæsti-

inæstimabile & deinceps statim à morte Domini, etiam ante aditam hereditatẽ omnia sibi acquiritur. Deinde habet beneficium separationis ut scilicet Creditores non possint ipsius servi bona vendere, etiamsi hereditas Domini non fuerit solvendo *l.1.§.ult. D. de separat. & h. in §.1. vers. pro hoc tamen.* Interdum tamen etiam servus à Domino institutus fit heres voluntarius: nempe si posteà à Domino, eodemque testatore inter vivos manumissus sit *§.cæteri vers. servus quoque h.t.* Tunc enim non consequitur utrumque ex testamento Domini, plura de hoc heredum genere videantur *supr. L.1. item l. & t.t. C. de necess. servis.*

Ad §. sui autem & necessarij.

Sui & necessarij heredes definiuntur, qui in potestate seu familia morientis fuerunt, & quidem proximum ab eo locum obtinuerunt. Duo enim requiruntur ad constituendum suum heredem .1. ut sit in potestate.

Deinde ut sit testatori proximo gradu conjunctus, proximus autem est is quem nemo præcedit, quamvis etiam nemo sequatur, puta si unus duntaxat vivat, ut alias dictum. Si unum ex his alicui desit, suus heres non est. V.G. nepos ex filio est quidem in potestate avi etiam vivente Patre suo: sed tamen quia non est proximus, præcedit enim filius, non est suus heres: sed filius est, quamdiu vivit. eo mortuo ante avum vel alijs modis liberato patria potestate, jam nepos in filij locum succedens incipit avo esse suus heres ut *h.* ex quo loco id addendum est ad *§.1. infr. L.3. t.1. de hered. quæ ab intest.* Ratio nominis cur sui heredes dicantur in jure civ. id est, in 12. tab. quia sunt domestici, id est, proprij heredes & quia vivo quoque Patre quodammodo Domini sunt: nam ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addicit velut ad debitam successionem eos vocando, ut *h. & d. supr. ad t. de exhered. lib. & de inoff. test.* Videntur ergo suarum quodammodo rerũ heredes fieri patre mortuo: & hinc est quod & in successione ab intestato sui hereredes omnibus alijs præferuntur *ut h. vers. unde & §. repetitũ inf. de gradib.* prima inquam causa est suorum heredum, id est, liberorum ut explicabitur *infr. L.3.t.1.* Necessarij cur etiam dicantur ex superiorib. intelligi potest quæ de servo herede instituto diximus: Est enim hoc commune suis hæredibus cum servis quod utrique sive velint sive nolint heredes esse coguntur, & quidem ipso jure heredes existunt etiam citra aditionem *l. 14. D. de suis & legit.* Nam utrique & liberi & servi nostri sunt in potestate, & jure potestatis fit ut quis heres fit necessarius *l.5. D. de condit. & demonst.* Hactenus inquam pares sunt isti in jure civili. Sed prætor discrimen inter illos fecit: nam suis heredibus facultatem concedit abstinendi se ab hereditate paterna eamque derelinquendi si forte damnosa sit: quod jus nõ concedit servis necessarijs ut *h. vers. sed his prætor & l.57. D. de acquir. hered.* Vbi observandum obiter necessarios heredes dici qui alias plenius sui & necessarij dicuntur *ut & l.63. D. acquir. hered. & l.7.§.1. l.20.§.1. D. eod. t.* Ratio quæ Prætorem movit est æquitas & humanitas quam semper ob oculos habet Prætor. Durum namque ipsi videbatur eodem jure censeri filium ut liberum hominem cum servo, & invitum implicari hæreditatis paternæ molestijs & æri alieno. Servus autem hoc & plura alia Domino debet,

debet præsertim cum inæstimabile beneficium libertatis ab eo consequatur. Est & hæc ratio, ut parceretur existimationi & pudori liberorum, & ut bona Patris potius quam liberorum nomine à Creditoribus possiderentur ac distraherentur *l. 28 D de reb. auctor. Iud. possid.* Servi autem quemadmoum nulla est persona, ita nec honor aut existimatio ulla, adeo ut servus injuriam pati posse negetur. Sed hoc beneficium abstinendi non dat Prætor ijs quos testator sub h. conditione heredes instituit si heredes esse voluerint *l. 69. & l. 86. §. 1. D. de hered. instit.* Nam talis conditio ex suo & necessario herede facit extraneum vide *& l. 12. D. de condit. instit. & dixi supr. ad §. heres de hered. instit.* Deinde non etiam prodesse debet h. beneficium ei qui postquam se abstinuit à bonis paternis, tamen per suppositam personam emptoris alicuius bona patris mercatus est: nam hunc oportet perinde conveniri à Creditoribus atque si immiscuisset se bonis paternis *l. 91. D. de acquir. hered.* Præterea notanda est hic differentia inter suos heredes puberes & impuberes; Nam liberis impuberibus omnimodo abstinendi potestas conceditur: sive inquam se immiscuerint paternæ hereditati, sive non. Liberius autem ita demum si se nondũ immiscuerint *l. 11. & l. 57. D. de acquir. hered.* R. D. est, quia in impuberibus adhuc imbecillius est animi judicium quam ut recte sibi consulere & statuere possint quid ex re sua sit. Puberes verò jam firmius habent animi iudicium; ideoque non tam facile ipsis succurritur, Excipiuntur minores 25. annis: his enim datur restitutio in integrum si læsi sint in immiscendo se hereditati paternæ *§. extraneis vers. nisi minor h. t. l. 7. §. sed etsi & §. seq. D. de minor. l. 1. C. si minor ut ab hered. se abstineat.* Hoc enim auxilium restitutionis in integrum semper datur minoribus si læsos & deceptos se probent in quacunque causa *l. 1. & t. t. D. de minor. 25. annis.* Ergo etiam si hereditatem repudiavit quæ erat lucrosa & locuples *l. 2. C. d. t. & t. C. si ut omissam hered. l. 24. §. scevolæ. D. de minoribus.*

Ad §. cæteri qui testatoris.

Tertium genus heredum sunt extranei seu voluntarij, i. e. omnes reliqui præter duos illos *sup.* expositos. Extranei quidem appellati quia sint extra potestatem testatoris. Voluntarij autem non tam ideo quia testator eos libera voluntate & pro arbitrio suo vel instituere vel omittere potest: nam neque servũ instituere cogitur, & tamen si eum instituat, servus non ob id est voluntarius heres: quam ideo, quia in ipsorum voluntate & liberum ipsis est vel adire hereditatem, vel repudiare, ac propterea jus ac potestas deliberandi ipsis datur *§. extraneis in pr. infr. h. t.* Ergo & liberi emancipati aut aliter liberati patria potestate parentibus sunt heredes extranei: Et liberi à Matre instituti: nam fæminæ suos heredes non habent *l. 3. D. de suis & legit. l. 4. §. 2. D. de contra tab.* Cur ita? quia liberos in potestate non habent *ut h. §. necessarius & §. fæminæ supr. de adopt.* Et denique servus quoque qui à Domino heres institutus est & postea ab eodem vivo manumissus ut *supr.* dictum.

Ad §. in extraneis heredibus.

Tria autem hic afferuntur ordine de extraneis heredibus. 1. Quodnam tépora spectanda sint, ut cum ipsis eorumve Dominis vel parentibus testamenti factio sit. 2. de jure deliberandi & de beneficio inventarij. 3. de aditione & repudiatione hereditatis. De primo hæc est summa, tribus temporib. testamenti factioné esse debere cum heredib. extraneis vel eorum Dominis ac Parentib. nempe, primo testaméti facti tépore: secundo mortis testatoris: tertio aditionis ut *h. & l.* 49. §. 1. *D. de hered. inst.* Media vero tépora non nocent *l.* 6. §. *solemus l.* 59. §. *si heres D. de hered. instit.* Finge. Heres erat civis Romanus testamenti scribendi tempore cum institueretur, postea peregrinus effectus est nimirum deportatione vel aquæ & ignis interdictione: vel fit servus. Tandem civitatis jus vel libertatem ante testatoris mortem recepit: vel antequam existeret conditio, sub qua heres institutus erat. Ergo quia trib. illis temporib. cum hoc homine testamenti factio est quamvis alio tempore non fuerit, capere poterit *dd. ll.* Quid autem sit habere testamenti factionem, vel eam cum aliquo esse, videatur hoc in textu, & jam *sup.* exposui ad §. *testes, de testim. ordin.* Ratio, Cur tria tantum ista tempora spectetur breviter indicatur ab ipso Imperatore & à Florentino *in d. l.* 49. 1. quia in testamento non potest institui heres is qui non sit capax cum instituitur: nam testamentū ab initio vires habere debet, nō ex eventu incerto pendere. Deinde quia testamentum confirmatur morte, & tùm demum effectum habet ut & Paulus Apostolus admonet. III. Aditionis tempore heres maxime fungitur suo munere & testamentum vel exequitur ac confirmat adeundo, vel repudiandò destituit: nec ante oportet de cujusque conditione quærere, quam ad eum pertineat hereditas vel legatum ut ait *l.* 52. *D. de leg.* 2. Hic aliquis quærat, cur in suis heredib. non dicat Imper. requiri testamenti factionem. ℞. quia hoc ipso quod sunt sui heredes testamenti factionem habent. Deinde quæri potest quæ tempora in suis heredib. spectentur. ℞. testamenti & mortis, aditionis non item: quia non est hic opus ulla aditione, cū ipso jure statim à morte testatoris existant: *ut supr. d. ex l.* 14. *D. de suis & leg. l.* 7. §. 2. *C. de cur fur. l.* 8. *C. de jur. delib.* Existunt, i. e. apparent & quasi eminent, cum etiā antea fuerint: nam hoc latinè loquentib. valet existere.

De furioso ait Imp. eum quoq; testamenti factionem habere Q. quomodo hoc intelligendum sit, an ita, ut legatum & fideicōmissum duntaxat, an vero etiā hæreditatem acquirere possit. Et quidem cum hic de hęredib. & eorum qualitate agatur, dicendum videtur etiam hæredem institutum posse hæreditaté acquirere, Alioquin aberraret iste *vers. à suo §. & ab isto tit. alienus esset.* Si vero *l.* 16. *D. Qui test. fac. poss.* inspiciam⁹, reperiemus, ibi Marcell. tantū de legato & fideicōmisso loqui: i. e. de titulis lucrativis, quib. cum cōditio furiosi fiat melior, cumq; ex his etiam ignorantib. acquiratur, non est dubiū, quin & furioso ex ijsdé acquiri possit. De hæreditate si & hanc furioso acquiri dicamus, ut velle videtur Imp. in magnam dubitationé difficultatéq; incurret hæc sententia. Nā certum est, extraneos hæredes non ipso jure existere hæredes, sed aditione fieri. Aditio aūt ex certa scientia ex præcedente deliberatione fit: quæ in furiosum non cadunt, cuj⁹ scilicet nulla est Voluntas, nullū consilium: unde & nullum negociū contrahere

potest.

potest. Dices adibit furiosus hęreditaté per curatorem suum, atq; ita acquiret ℞. Aditio est facti, quod cohæret ipsi hæredi, & ab ipsomet impleri debet, non per alium. Unde nec per Procuratoré adiri potest *l.90.D de Acq. hæred.* nec tutor nomine pupilli, sed pupillus tutore auctore adiri debet *l. potuit.5. C. de Iur. delib. l.18. si infanti C. eod.* Instabis, atqui per aliũ acquiri potest furiosus, ut per seruum vel filiumfam. *l.63.D. de acq.℞.* Tum demũ hoc verum est, quando non ipse furiosus sed servus ejus vel filiusfam. institutus est. Has difficultes (quas ipse Imp. magnas & inextricabiles vocat *in l. 7. §. 3. sin autem. C. de Cur. fur.*) ut effugeret Theoph. Græc Pharaphrases, putat in furioso ita ponendã esse facti speciem, ut scil à patre suo, cujus in potestate est institutus sit hæres necessarius. Eamq; expositioné refert & probat Mynsing. Pro qua sententia facit *l. 63. D. de acq. hæred.* quamvis ab illo non allegata, ubi furiosus dicitur non aliàs sibi cõmodum hæreditatis ex testamento acquirere posse, quam si necessarius hæres existat patri vel domino. Ratio diff. est, quia suus hæres ipso jure existit, sine aditione sine facto suo, imo etiam ignorans atque invitus. Ergo etiam furiosus, qui pro ignorante habetur. Extraneus vero aditione demum fit hæres, & si voluerit: Voluntas autem in furioso nulla est. Sed hæc Theophili expositio aliena est. Non enim hic agit Imp. de suis hæredibus (quos antea absoluerat) sed de extraneis: ut patet *ex initio §. in extraneis.* Deinde cum suis hæredibus eo ipso quo testatori sui sunt semper est testamenti factio, ideoque supervacuam duxit Imp. hoc de ijs admonere.

Quid ergò est? an mutiliter factum esse furiosi institutionem dicemus, nec aliter eum hęreditatem sibi acquirere posse, quam si compos mentis factus fuerit? Cum in furore neque ipse adire possit, neq; alius pro ipso, ut curator, ut servus, ut filiusf. Et id quidem stricto & veteri jure dicendum erat. Sed quia durum hoc videbatur, cum sæpe lucrosa hæreditas furioso deferri possit, & interdũ fiat, ut is nunquam ad sanam mentem redeat, ab illis antiqui juris Regulis & scrupulosis rationib. necessum est propter utilitatem, ut sæpe factum in constitutionib. Impp. Iustinianus enim sua constitutione, quæ est *l.7 §.3. C. de cur. fur.* licentiam dedit, imò necessitatem imposuit curatori, adeundi hæreditatem furioso delatam & bonorum possessionem agnoscendi ejus nomine.

Ut igitur hunc locum concludamus, tria illa diligenter distinguere oportet. I. Si furioso legatum vel fideicommissum relictum sit, hoc ei adquiritur proculdubio *d. l.16. D. qui test. fac. poss.* Hi enim sunt tituli lucrativi *l 32. D. Mandati* & ex ijs etiam ignorantibus acquiritur. II. Si furiosus à patre, cujus in potestate est vel à domino hæres necessarius scriptus sit ipsi hæreditas ea acquiritur. Hic enim non expectamus consensum & voluntatem ipsius, quia ipso jure existit, etiam nolens & invitus *d l.63. D. de acquir. hered.* Atq; hæc duo quædam sunt ex jure veteri ante Justinianum recepta, quo hæreditas furioso ex testamento extranei delata non acquirebatur. III. Est ex jure novo, nempe ex constit. Iustiniani *in l.7. C de curat fur.* Si videlicet ad furiosum quoquo modo & ex quacunq; causa successio perveniat, curator pro ipso hæreditaté adeat, & bonorum possessioné agnoscat utilitatis causa, contra strictam juris rationé, Et hac

in parte juri veteri derogatum est, quo per curatorem hæreditas adiri non poterat *d. l. 90. D. de acquir. hæred.*

Ad §. extraneis autem.

Hic agitur de jure deliberandi & de beneficio Inventarij. Dixi autem *supr.* Heredes extraneos dici etiam voluntarios, ob id, quia hereditaté vel adire possunt atq; agnoscere vel repudiare, prout ipsis melius & magis expedire visum fuerit. Ad hoc faciendum datur ipsis jus deliberandi, ut nimirùm vires hereditatis explorent prius & inquirant in æs alienum, & rationes defuncti, aliaq; cõmoda vel onera hereditaria & quid sibi consultum sit, æstiment ac statuant apud animum suum; huc pertinet *t. t. D. & C. de jure deliber.* Hoc autem jus Prætor etjam dedit suis heredibus *l. 8. & l. seq. D. de jure delib. l. 19. C. eod.*

Tempus autem deliberandi olim erat arbitrarium & positum in potestate jus dicentis *l. 1. §. ult. cum 2. ll. seq. D. de jure delib.* Hodie est annuum illud tempus ex *d. l. 19. & ex l. ult. §. & hæc quidem C. de jure delib.* Posteaquam vero antegressa deliberatione semel adierit quis hereditatem, non amplius ipsi integrum est hereditatem repudiare: sed jam omnibus Creditoribus hereditarijs satisfacere cogitur, nam sibi imputare debet & de se conqueri, qui adierit cum potuerit repudiare *l. 16. C. de Iure delib.* & cum debuerit scire hereditatem obligare nos æri alieno etiamsi non sit solvendo, etiamsi nihil in hereditate fuerit *l. 6. D. de acquir. hered.* Nemo enim potest consilium suum mutare in alterius injuriam *l. nemo potest. D. de R. I.* Non potest etiam aliquis adire sub hac conditione, si hereditas sit solvendo *l. 51. §. ult. D. de acquir. hered.* Sicut non valet cõditio apposita matrimonio: Ducam si invenero te virginem. Excipitur I. minor 25. annis: nam hic si adierit hereditatem damnosam, restituitur in integrum, ut *supr. d.* II. Excipitur etiam maior, qui hereditatem adijt eam in qua latuit grande æs alienum quod posterius demum emersit: nam & hic restituitur in integrum *ut h. & l. ult. C. de jure delib.* Restituitur inquam ob justam ignorantiam vel etiam (ut quidam existimant) ex generali illa clausula *in edicto de majoribus 25. annis*: si qua alia mihi justa causa videbitur, quam nimis latè interpretes nostri extenderunt. Ratio est quia heres, si ipsi constitisset de hoc ære alieno, non adijsset. Atque hic prior est modus adeundæ hereditatis cum deliberatione. Est & alter modus & is quidem multò tutior & melior priore, nempe cum Inventario, id est, ut hæres describat bona à defuncto relicta. Hunc modum introduxit Iustinianus *in l. ult. C. de jure delib.* Si enim heres priusquã adierit hereditaté conficiat Inventariũ seu Repertoriũ bonorũ hereditariorum, non tenetur legatarijs vel fideicõmissarijs vel alijs Creditorib. defuncti ultra hereditatis vires. Et hoc magnũ est beneficiũ Inventarij: quod quomodo conficiendũ sit, docetur prolixè *in d. l. ult. d. t.* Quemadmodũ a. aliàs unusquisq; renuntiare potest favori pro se introducto *l. pen. C. de pactis. l. 71. ff. ad l. falc.* Ita etiã heres non cogitur inventariũ facere, sed si hoc malit potest convolare ad auxilium deliberationis: ita tamen ut hoc casu omisso inventario in solidum teneatur omnibus debitis hereditarijs, *ut h. in verb. nisi omissa & d. l. ult. §. fin. autem C. h. t.*

Exci-

Excipiunt tamen militem: quem si militi succedat volunt non teneri ultra vires hæreditatis, quamvis inventarium non confecerit: de quo vid. Fern. Vasqui: in Tract. de successi. & ult. volunt: Qua in re notanda est differentia hujus inventarij quod facit heres, ab eo quod facit tutor. Alterum enim est voluntarium atque arbitrarium: alterum omninò necessarium est, adeò ut Tutor, qui id omiserit, puniatur. *l.7. D. de admin str. & periculo tut. l.24. C. eod. l.1. §. officio. D. de tut. & rationib. distrah. l.5. §. inprimis D. de reb. eorum qui sub tutela.* ubi vocatur ἀπογραφή. Sunt & alij casus quibus inventarium confici solet: de quibus vide *l.1. §. recte D. usufructuarius quemad. cav. l.1. §. pen D. de ventre in poss. mitten. l.1. D. de curat. boni. dando l. si quis posthac, & l. si quis intra C. de bonis proscrip. l. ult. C. de bonis vacantib. l.15. D. de reb. auctor. jud. possid.* Solet autem Inventarium eleganter vocari caput & fundamentum reddendarum rationum.

Ad §. ult. Item extraneus.

Quod attinet ad aditioné dixi sup. eam in extraneis tantum, non etiã in necessariis & suis hæredibus requiri. Requiritur aũt tam in hæredibus ex testam. quã in legitimis seu ab intestato ut hic. Ea autem fit duobus modis vel pro herede gestione, id est, re & facto aliquo: vel fit nuda voluntate sive sola destinatione animi sine aliquo facto, sed tamen verbis declarata. Erat olim & alius modus aditionis nimirum Cretio hereditatis de qua prolixe Ulp. *in t.22. §. cretio & seq. Et Duar. L.2. disp. c. pen.* Sed is hodie sublatus est à Theodosio in *l.17. C. de jure delib.* cum antea Constantinus Imperator tantum in bonis maternis filio delatis eam sustulisset in *l.1. & l.4. C. Theod. de bonis mat.* Quis autem dicatur pro herede gerere exponitur *h. in textu & in l.20. l.21. l.23. 25. §.7. l.86. §. ult. & l.88 D. acquir. hæred.* Dicitur etiam pro Domino facere *l.22. D. eod.* nam Heredem veteres usurparunt pro Domino *ut hic Imperator in textu admonet.* & Festus: Heres (inquit) apud antiquos pro domino ponebatur. Eruditiss. vet. Gloss. consentit, Heres, κύριος, κληρονόμος. Dicebant quoque iidem veteres Herem pro heredem. Nævius apud Nonium: Atque meis bonis omnibus ego te herem faciam, ubi fortasse hoc dicitur: Ego te dominum faciam omnium bonorum meorum, omnia tibi donabo. Si quis tamen malit ita: Heredem te ex asse instituam non reluctabor. Eodem enim recidit. Notandum est autem quod hic dicitur eum qui pro herede gerit certo scire debere eum in cujus bonis gerit decessisse, & se ei heredem esse *l.19. & l.32. D. de acquir. hered.* nemo enim pro herede gerere potest quamdiu vivit is, cujus in bonis gerendum sit *l.25. §.6. & l.27. D. d. t.* Sicut nec pro herede usucapi quicquam potest ex bonis viventis *l.1. D. pro hered.* nam viventis hereditas non est in rerum natura *l.1. D de hered. vel actione vendita*, & improbus est qui de hereditate viventis est solicitus *l 2. §. interdum D. de vulg. & pup.* Unde etiam pacta & conventiones de hereditate viventis à jure improbantur *l. ult. C. de pact.* cum similibus locis. Præterea scire debet ex qua causa hereditas ad se pertineat videlicet an ex testamento, an ab intestato *d. l.22. D. de acquir. hæred.* item an pure an sub conditione institutus sit *d. l.32. §.1. D. eod.* Insuper etiam de sua condi-

tione certus esse debet heres, utrum scil. sit necessarius, an voluntarius heres *l. 15. 16. & 23. D. de acquir. hered.*

Illud autem nihil impedit etiamsi incertus sit an ipse heres sit Paterf. an filiusfam. *d. l. 34.* ubi & ratio differentiæ exponitur, quia ille prior de testamento dubitat: hic non item tantum de aditione, de qua & hoc addendum est eam debere esse liberam: nam si quis metu coactus adierit nec ipse erit heres: nec alium heredem faciet *l. 6. §. ult. & l. 85. D. de acquir. hered.* Aditionum porro contraria est repudiatio seu omissio seu recusatio; quemadmodum igitur aditio non tantum fit verbis, sed etiam re & facto, itemq; nuda voluntate & quolibet ejus indicio: ita & repudiatio seu recusatio *l. 21. §. sed ita & l 95. D. d. t. Paulus l. 4. sent. t. 4. argumento l. 35. D. de R. I. &* posteaquam semel quis repudiavit, non amplius ad adeundam hereditaté admittitur nisi minor sit 25. annis ut *supr. d. l. 4. C. de repud. hered*, pupillis tamen non nocet repudiatio hereditatis delatæ facta sine auctoritate Tutoris *l. pen C. d. t.* Nam etiam ad aditionem pupilli necessaria est auctoritas Tutoris *l. 8. & l. 9. D. de acq. hered.* Deinde is demum repudiare potest qui etiá acquirere potest *l. 4. & l. 18. D. de acquir. hered. argumento l. 3. D. de R. I.* Vnde si quis repudiaverit hereditaté viventis quem mortuú esse putabat: potest tamen post mortem ejus adhuc adire hereditatem non obstante sibi repudiatione sua *l. 94. ff. de acquir. hered.* nam repudiatio nulliꝰ momenti fuit. Quod auté ait Imp. de surdo & muto, eos quoq; pro herede gerere, id confirmatur per *l. 5. D. d t.* nec tantú ipsemet adire potest: sed etiam jubere filio & servo ut adeant *l. 93. §. 1. D. d. t.* Ratio est quia aditio hereditatis non requirit hodie solennia verba sicut olim cretio: sed tantum nudæ voluntatis judiciú quod etiam mutus de se præbere potest.

AD TIT. XX. DE LEGATIS.

QUæ hic initio afferuntur de ratione ordinis: cum ijs conferri debet *§ ult. supr.* per quas personas ubi hæc sunt exposita. Porro t. hunc tam prolixum facit quod plurimi *t. t. D.* in eum sunt contracti tanquam in cópendium. Primum enim respondent huic t. tres integri libri in P. qui de legatis & fideicom: 1. 2. 3. inscribuntur. Deinde aliquot *tt.* speciales quos I. suo loco ad aliquot §§. indicabo, ut ita h. titulo probe cognito habituri simus epitomen quandam sex librorum in *ff.* Conferatur etiam *Vlp. t. 24 in frag. Cajus l. 2. t 5. Paul. l. 3. sent. t. 6.* LEGATUM est, ut de vocabulo primum dicamus. Vlp. dictum vult à lege, quia scil. legis modo, id est, imperative in testamento relinquatur, ut, capito, sumito, habeto, præcipito, domnas esto, &c. Est autem legandi verbum alias generale, & latissime patet: nam de omnib. ijs usurpatur q̃ in testamento disponuntur: ita sumitur *in 12. tab. l. 120. D. de V. S. nov. 22.* Alias v. speciale est ut h. Quod attinet ad definitionem legati hic ꝓpositam conferri cum ea debet altera Florent. *in l. 116 D. de leg. 1.* Legatum, inquit, est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum hered. foret alicui quid collatú velit. Delibatio, i. e. detractatio seu diminutio; & recte delibatio, propter l. Falcid. dicitur legatum, quia nó licet totam hereditatem legatis exhaurire aut exinanire: sed si quid ultra dodrantem

legatum

legatum sit inde heres quartam detrahit ut dicam *inf. ad t. de l. falcid.* Modestini definitio q̃ est *in l. 36. D. de leg. 2.* propius accedit ad eam quam ponit h. Imp. Generis loco hic ponitur donatio; nam sicut in donatione tum inter vivos, tũ mortis causa liberalitas & munificientia quædam versatur atq; exercetur nullo jure cogente: ita & in legato *l. 18. D. de adim. leg.* in eoq; differt legatum ab hereditate, quod hæc etiam onus & damnum in se contineat, sicut & bonorũ possessio: illud merũ lucrum & cõmodũ *l. 32. mand. l. 119. D. de V. S. l. 1. D. de bon. poss. l. 4. §. si quis ex unica D. de doli excep. l. ult. C. de hered. actio:* Sunt aliæ differentiæ inter legatum & hereditatem, ut quod legatum est modus acquirendi res singulas: sed hereditas p universitatem *ut h. init t.* Sive quod idem valet. Heredes sunt juris successores: legatarij autem rei singularis *§. legatarijs sup. de testam. ord.* ubi dixi *l. 27. D. de acq. hered. l. 24. D. de V. S. l. 62. D. de R. I.* Et legatarius cum donatario inter vivos comparatur ac juris successori opponitur *in l. 9. §. 1. D. de edendo & alibi.* De comparatione porro legati cum donatione causa mortis dixi *sup. ad t. de donat.* Quod addit Imp. à defuncto relicta, id ita accipiendũ est quasi dixisset à testatore. Modest. ait in testamento relicta: nam legata tantum in testamento relinqui possunt jure nostro ut *infr. d. ad §. præterea de fideicom. hered.* Donatio autem causa mortis sicut & fideicommissa etiam ab intestato relinqui possunt. Verbaq̃ sequuntur ab herede præstanda, quidam putant delenda esse tanquam spuria; tùm quia neq; Theoph. in paraphrasi: neq; libri veteres, neq; Constantinus Harmenop. ea agnoverint. Addunt & hoc rationem, quia sæpe ab ipso testatore non ab herede legata pręstari soleant, sed possumus illa retinere: nã id spectandum est in definitionib. in & in toto jure, quod ut plurimum accidit: jam aũt plerunq; legatum ejusq; possessio tradenda est legatario ab herede, dominiũ quidẽ ipso jure recta via à defuncto transit in legatariũ, etiamsi rẽ nondũ apprehenderit *l. 80. D. de leg. 2. l. 64. D. de furtis.* Nam lex h. potestatẽ habet ut dominiũ transferre possit in aliquem etiam sine traditione possessionis; cum alias sine traditione dominium nõ transferatur inter homines *l. 20. C.* de pactis & dixi *sup. ad §. per traditionem de rerum divis.* Olim differebat hac in re; ut & in alijs Legatum damnationis à legato vindicationis, quod illud præstabatur ab herede: hoc non item, ut videre licet *apud Vlp. & Paulum dictis locis.*

Ad §. sed olim quidem.

Definitioni legati optimo ordine subijcitur divisio ejusdem quæ olim erãt quadrimembris: hodie nulla est posteaquam omnium legatorum una & cõmunis natura facta est per constitutiones Imperatorum. De 4. generib. Legatorum eorumq; inter se differentijs: utpote hodie sublatis non videtur operæ pretium prolixius hic explicare, *legatur Vlp. Cajus & Paulus in locis supr. adductis item Hotom alijque hic:* tantum hoc teneatur, quod huic loco explicando satis est Inter illa. 4. genera non tantum diversitatem fuisse verborum ut scilicet alia verborum formula legatum vindicationis, alia damnationis, alia sinendi modo, alia deniq; legatum præceptionis relinqueretur; sed etiam naturam & jus horum inter se fuisse diversa. V. G. aliæ res per vindicationem relinqui poterant nimirum tantum propriæ testatoris & quidem utroque tempore propriæ & testamen-

testamenti & mortis: exceptis rebus quæ pondere, numero & mensura constant in quibus tantum mortis tempus spectabatur. Aliæ res per damnationem, nimirum etiam alienæ & fructus futuri, &c. Deinde alia actione petendum erat legatum vindicationis uit. actione in rem: alia vero legatum damnationis nempe actione in personam. Præterea ex legato damnatonis Lis crescebat per inficiationem, proindeque in debitum solutum non repetebatur quod secus erat in aliis legatis §. *ex quibusdam inf. de O. quæ q. ex contractu*: item in legato generis vel disjunctivo hoc aut illo per damnationem relicto, electio erat heredis; per vindicationem erat legatarij, item in legato per damnationem actio in duplum crescebat, per vindicationem non item ut modo d. Ad hæc quibus eadem res legata esset per vindicationem ij dicebantur re conjuncti: per damnationem non item, &c.

Quod attinet ad diversitatem verborum eam sustulerunt Impp. *in l. 21. C. de leg.* ne deinceps necessaria sit verborum observantia: sed nihil prorsus intersit qualibuscunque verbis testator usus sit dummodo scil. apta sint & idonea ad legatum relinquendum. Sic iidem Impp. etiam quoad institutionem heredum sustulerunt verborum solennium momenta *in l. 15. C. de testamentis*, quæ conjungenda est cum *d. l. 21. C. de leg.* Ad verborum solennitatem hoc quoque pertinet, quod legata non poterant olim græca, aut punica, aut gallicana aut alterius gentis lingua relinqui teste *Ulp. t. 25. §. item græce.* Cum fideicommissa possint *l. 11. de leg. 3.* Differentiæ ratio erat, quia legata sunt civilia sicut ipsum testamentum; fideicommissa autem potius J. gent. sunt & benigniora. Sed & h. differentiam postea Impp. sustulerunt *in l. 21. C. de testam. & l. ult. C. de testam. tut.* ac voluerunt totum testamentum non modo latine: sed & græcè & alia lingua scribi posse ac proinde etiam legata. Quod ad naturæ & juris differentiam attinet eam sustulit Justinianus omnibusque legatis unam & eandem naturam attribuit *in l. 1. C. communia de leg.* cujus mentio est & hic, *& in §. ex quibusdam inf. de obl. quæ ex q. contra. nasc.*

Quibuscunque ergo verbis legatum relictum fuerit (sive his verbis, do, lego h. vel illam rem, capito, sumito, habeto, sive his, heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo: sive his: heres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere; sive denique his: Luci Titi illam rem præcipito, &c.) omnes Legatarij tres actiones habent ad consequendum legatum sibi relictum. inf. act. in personam quæ oritur ex obligatione heredis qui per aditionem hereditatis obligat se per quasi contractum tam legatariis quam aliis Creditoribus defuncti ut est *in §. heres. infr. de O. quæ q. ex contra.* 2. Actionem in Rem habet, id est, rei vindicationem quæ ex dominio tanquam causa oritur §. *1. in fine. inf. de act.* Legatarius enim statim à morte Testatoris fit Dominus rei legatæ ut paulò ante probatum est ex l. Atilia, &c. 3. Habet actionem hypothecariam sive q. servianam quæ datur ipsi ratione tacitæ hypothecæ quam habet in rebus defuncti ad securitatem legatorum ut hic *& d. l. 1. C. communia de leg.*

Quid si Legatarius moriatur antequam constitueret quanam actione ex his tribus

tribus uti vellet, duobus relictis heredibus? Resp. Hi quoque consentientibus animis unam act. ex his tribus eligere debent, sicut & defunctus. Nam hæ 3. act. ita competunt legatario, non ut simul omnibus illis utatur: sed ut laxior agendi facultas ipsi sit & unam ex illis eligat *l.76.§.pen.D.de leg. 2.* De heredibus autem est *l.84.§.ult.D.de leg.1.* Quemadmodum aũt hoc casu favore legatarij plures sunt act. quo laxior facultas agendi ipsi sit *d.l. 76.* ita adversus furem odio ejus etiam pluribus act. consulitur Domino rei surreptæ *§.ult.I.de O.quæ ex del. §. sic itaque vers.plane I.de actionib.* Dices actionem in personam non posse concurrere cum act.in rem, propterea quod hæ act. contraria præsupponant? Contraria autem allegans non est audiendus: nam hac in rem act.intendit aliquis rem esse suam, se esse rei Dominum: illa vero in personam sibi dari oportere: fatetur ergo se non esse Dominum: nam dare est dominium transferre *l.ult.C.de condict.ob caus l.75. D.de V.O.* Qui autem semel est Dominus rei, non potest amplius ejus Dominus fieri unde sequitur eum qui habet actionem in personam non posse simul habere actionem in rem R. Hæc objectio tum demum aliquam vim haberet, si diceremus has actiones simul proponi posse: Jam autem sup. probavimus ex *l. 76. §. pen.de leg.2.* id fieri non posse: sed unam ex his eligi oportere à legatario ejusque heredibus, qui legatũ accipere nõ possunt, si unus velit experiri actione in Rem: alter in Personam *d.l84.* Deinde concedendum est, sæpe Imperatorum constitutiones recedere à principiis & Reg.I. Sic & alias utraque actio datur; tam in rem quam in personam ut *l.1 & l.3.C de donat.quæ sub modo.*

Ex his D. Hub.Giph.ad D. Matthiam Hubnerum. Non rectè Glossogr.putant, posse legata non actionibus tantum sed etiam jussu & præcepto judicis (quã viam executivam illi vocant) legatarios consequi: uno inducti *§.ult.Nov.1.* in quo latine verso reperitur verbum sententiæ, ut & *in l.6.C.unde vi, & l.pen.C. de dignit.* quod illi de præcepto judicis acceperunt: cum de libello admonitionis, quæ & ψῆφος, id est sententia interdum dici solet. Quid in Camera servent Assessores, exponit Myns. *cent.5.obs.61.* Legatum scilic. via quidem Executiva Legatarios consequi posse, sed actionibus executive sibi competentibus intentatis. Atqui pugnant inter se hæc duo remedia, Actio, quod est ordinarium, & præceptum seu imperium, quod est remedium extraordinarium *l.3.D.Ne vis fiat.* Annon sunt hi magni pragmatici, aut ut se vocant, practici.

Ad §. Sed non usque.

Dictum est quibus in rebus olim differrent legata ipsa inter sese deque illis differentiis hodie sublatis. Sequitur comparatio Legatorum cum fideicommissis singularibus: nam universalia similia sunt hereditati. Initio autem sciendum est, multas olim fuisse inter hæc duo differentias, quarum unam duntaxat & quidem præcipuam Imperator h. affert nempe quod in Legatis strictum jus spectetur: in fideicommissis voluntas potius defuncti, ideoq; pinguiorem & benigniorem esse naturam fideicommissorum quam legatorum: quæ differentia aliis quoq; multis locis comprobatur ut *l.pen.D.de leg 1.& ibi glossa l.64.D.de leg. 2. l.16. C de fideicom. l.57.§ 1.D.ad SCtum Trebel* R h.D.est: quia legata sunt civilia ut heri quoq; dicebam: fideicommissa vero sunt I. gent. & magis naturalia.

Jam vero jus civile est strictum: naturale est benignius & laxius. Ex h. differentia plures aliæ manabant ut I. quod legata tantum latina lingua relinqui poterant, fideicommissa qualibet ut & *sup. d. ex Vlp.* II. quod fideicomm. relinqui poterant etiam deportatis utpote qui communionem Jurisgentium retinerent, item latinis Junianis *teste Vlpian. t. 25. §. latini quib. legata relinqui non poterant.* III. quod fideicommissa etiam ante heredis institutionem & post mortem heredis relinqui poterant: legata non item *Vlpian. d. t. 25. §. fideicom. & §. ante & §. post mortem inf. h. t.* IV. quod per fideicommissum quælibet res tam propriæ quam alienæ testatoris relinqui poterant: per legatum v. & maxime vindicationis non nisi res propriæ testatoris ut & sup. dict. V. quod legata petebantur formulis & actionibus ordinariis: fideicommissa persecutione extraordinaria *teste Vlpian. d. t. 25. §. fideicomm. Paulus L. 4. sent. t. 1. §. ult. qua de re plurib. ad §. 1. inf. de fideicomm. hered.* Erant & aliæ plures differentiæ quas aliunde petere potestis: nam Justinianus omnes differentias sustulit & omnia legata fideicommissis exæquavit *l. 2. C. communia de leg. & fideicomm.* Dices imò diu etiam ante Justinianum ea exæquata fuisse si quidem Ulpian. credimus in *l. 1. D. de leg. 1.* Ergo non est primus auctor hujus exæquationis Justinianus. Alij aliter hæc conciliant. Mihi eorum sententia probabilis videtur qui dicunt, olim quidem in multis casibus ea exæquata fuisse, non tamen in omnibus & per omnia; hoc autem Justiniani demum constitutione effectum esse. *d. l. 2.* cui Tribon. more suo accommodavit verba Ulpiani in *d. l. 1.* quibusdam adjectis, vide & *Duar. L. 2. disp. c. 9 & Cujac. L. 8. obs. c. 4. Vigl. & Wesenb. aliosq. hic.* Sed hic quæritur an ergo ita per omnia hæc duo exæquata sint ut nulla amplius hodie remaneat differentia inter legatum & fideicom? Hoc dicendum videtur si inhæreamus verbis Imperatoris *h. & in d. l. 2.* idque non solum vulgo obtinuit: sed etiam magnis quibusdam viris probatur. Sed non videntur mihi plane nihil dicere qui contendunt quasdam etiam hodie relictas esse differentias quæ ita illorum naturæ inhæreant & propriæ sint ut tolli non potuerint. V. G. quod alijs verbis relinquantur legata alijs fideicommissa: illa scil verbis civilibus & directis: hæc precarijs, rogo, precor, *§. ult. I. de singulis reb.* secundo quod per legatũ relicta libertas ut directa, per fideicomm. est precaria. *§. libertas. 5. vers. qui autem I d. t.* tertio quod fideicom: etiam ab intestato relinqui potest; ac proinde etiam in codicillis licet testamento non confirmatis, Item in epistola fidei commissaria, legatum extra testamentum non possit *§. præterea. inf. de fideicom. hered.* Ubi animadvertendum quod Imperator utatur verbo præsenti. Quanquam Accursius ibidem velit contra illum textum legata etiam ab intestato rectè relinqui, vide *& ulp. d. t. 25. §. fideicommissum.* quartum quod fideicom: etiam nutu & ad alterius interrogationem relinqui potest. 21. *D. de leg. 3. l. 22. C. de fideicom. Vlp. d. t. 25. §. etiam nutu. legatum non item.* quinto quod fideicommissum potest relinqui etiam à legatario à quo tamen legari non potest. *Vlp. d. loco. §. filio.* Sed tantum ab herede, neque à quolibet herede: sed tantum qui in testamento scriptus aut nuncupatus est, non etiam ab herede legitimo sive qui ab intestato succedit. sexto quod fidei commissum etiam à postumo relinqui potest: legatum non potest

l. pen.

l.pen.D.de leg.1.l.1.§ pen.de leg.3. septimo quod legatū statim à morte testatoris recta via transfert dominiū rei legatæ in legatarium, quod secus est in fideicommissis *l. 3. D si usufr. petatur.* Sic & supra Donatio mortis causa per omnia ad exemplum legatorum redacta & legatis annumerari dicitur *§. mortis causa sup. de donat* cum tamen certissimum sit multas esse differentias inter hæc duo, ut & supra admonui ad illum locum. Cum ergo hodie eadem vis ac natura tributa sit legatis & fideicom: ex eo sequi videbatur de utrisque sub uno eodemque t. permixtim explicandum esse ut in D. factum videmus. Verum quia hoc in prima institutione difficultatem & obscuritatem quandam allaturum esset: melius visum fuit Imperatori si distinctè de his tractaret: quomodo & alias quæ conjunctim explicantur in ff. ea in hoc opere institutionum facilioris doctrinæ causa separantur ut supra vidimus *t. 1.2. lib. 1. & in h. lib. t. 10. & 12. item t. 15. & 16.* Quanquam interdum contra fit ut duo tt. ff. hic coniungantur in unum: quod factum meministis *sup. h. l. t. 1.* Cur autem prius de legatis quam de fidecom: tractetur: ratio est quia legata sunt antiquiora, & olim longè firmiora fidecommissis ut supra apparebit *ad §. 1. de fideicom. heredit.* Est autem commodius à vetustiore jure incipere ut testatur Impr. in *§. singulorum sup. de rerum divis.*

Ad §. non solum.

Hactenus generalia quædam exposita sunt ut definitio Legatorum: item Divisio eorundem vetus hodie sublata. Denique comparatio fidei commissariorum & legatorum inter se. Deinceps specialiter de legatis explicatur per hæc fere tria capita. Primum est de materia legatorum id est de ijs rebus quæ legari possunt, vel non. Secundum de personis qui scilicet & quibus legare possint, vel non, in §. legari cum seqq. Tertium de modo & forma ac loco legatorum relinquendorum, & quæ nam legata hodie sint utilia & efficacia, cum olim essent inutilia: & hæc quidem quomodo legata relinquantur: quomodo autem extinguantur de eo videbimus *ad t. seq. de adempt. legat.* & quomodo minuantur, de eo *est t. de l. falc.* Quod autem primum attinet id est ad res que legari possint initio admonendum est omnes res quæ sunt in commertio legari posse: neq; solum corporales: verum etiam incorporales *§. tam autem inf. h. t. l.* 41. D. *de legat.* 1. Incorporalium simul & corporalium exempla multa inferius afferentur: & tàm illæ quæ iam sunt in rerum natura, quàm quæ futuræ sunt *§. ea quoque inf. h. t.* Denique tam propriæ testatoris vel heredis quam alienæ ut *h. § non solum & l. 39. § constat D. de leg.* 1. Etiam res hostium *l. 104. §. etiam D. d. t.* De propriis quidem rebus non est dubium cum quisque rerum suarum liber moderator sit & arbiter *l. 12. C mandati.* De rebus autem heredis ratio est: quia ex qua persona lucrum aliquis capit: ejus factum præstare debet *l. 149. D. de R. I.* De rebus alienis maior est dubitandi causa quia in eas nihil juris habet testator: nemo enim res alienas alienare potest *t. t. C. de rebus alie.*

Per legatum vero res alienatur, cum legatum sit modus acquerendi dominij ut supra d. Sed dicendū est invito Domino non propterea auferri eam rem quia

alteri legata sit: nam heres debet eam redimere justo precio à Domino volente vendere & ita præstare legatarios. Quod si Dominus vendere nolit, sicut nemo cogitur invitus rem suam vendere *l. 11. C. de contrah. empt. l. 16. C. de jure delib.* Vel si immodico & iniquo precio vendere velit, debet heres legatario justam æstimationem ejus rei dare, ut *h. & l. 71. §. qui confitetur. D. de leg. 1. l. 14. §. ult. & l. 29. §. ult. D. de leg. 3.* Atque hic valebit illud quod dicitur precium sive æstimationem succedere loco rei. Sed hoc limitatur ut ne æstimatio quidem debeatur si res ex earum numero sint quę nō possint esse in commercio, de quibus *sup. d. init. h. lib.* & aliquæ hic etiam enumerantur & *d. l. 39. §. ult. de leg. 1.* Ratio manifesta est, *1.* qua ipsum legatum est inutile, & ut *ait l. 39. furiosi* est talia legata testamento asscribere. Deinde quia illarum rerum, cum non sint in cōmercio, nulla potest iniri æstimatio. Quid si res sit quidem in cōmercio: sed tamen legatarius non habeat ejus possidendæ jus? per fideicommissum utiliter ei relinquitur ut nimirum æstimationem præstet heres *l. 40. ff. de leg. 1.* Per legatum vero non recte relinquitur *l. 49. §. Labeo D. de leg. 1.* Sed superior illa regula qua dictum est etiam alienam rem legari posse ita est restringenda si modo testator sciverit rem alienam esse, ut tum cogatur heres eam redimere & præstare: vel si Dominus nolit vendere ut præstet æstimationem rei. Sin autem testator ignorarit rem alienam esse, legatum est inutile ut & fideicom. *teste Paul. l. 4. sent. t. 1. §. si alienam rem.* præsumitur enim quisque suam potius quam alienam rem legare voluisse quam redimeret & præstaret heres *l. 67. §. si rem D. de leg. 2.* Semper autem vestigia voluntatis Testatorum sequi debemus *l. 5. C. de necess. servis. vide & l. 10. C. h. t.* ubi & exceptio affertur. Sed inquies uter probabit testatoris vel scientiam vel ignorantiam heresne an legatarius. ℞. quia legatarius est actor: heres autem reus, legatarius probare debebit scientiam defuncti, non autem heres ejus ignorantiam ut *h. & l. 21. D. de probatio.* Idq; ex generali Regula qua traditur ei incūbere probationem qui dicit, non qui negat *l. 2. D. de probat. l. 21. C. eod. & Cic. in partit. orat.* Aliud est in re ipsius heredis quam testator alicui legat: hæc n præstanda est etiamsi testator ignoraverit eam heredis esse, sed putaverit esse suam *d. l. 67. §. si rem. D. de leg. 2.*

Ad §. sed etsi rem.

Quod dictum est de re aliena, idem etiam intelligendum est de re testatoris quidem propria, sed ab eo oppignorata creditori: nam & hanc heres luere debet seu liberare soluto creditori debito & præstare legatario eadem tamen adhibita distinctione, scierit ne testator eam oppignoratam esse an ignorarit, sed putarit esse liberam, ut priore quidem casu heres cogatur eam luere, posteriore non item, ut h. & *l. 57. D. de leg. 1. l. 15. D. de dote prælegata. l. 6. C. de fideicom. Paulus l. 3. t. 6. §. si res obligata:* hoc tamen non procedit si testator jusserit ipsum legatarium eam rem luere *ut h. & d. l. 57.* Cum enim hic expresse & certò constet de voluntate testatoris, non est locus conjecturis, *argumento l. 25. §. 1. & l. 67. D. de leg. 3.*

Ad §. si res aliena.

Dictum est rem alienam legari posse, & heredem eam redemptam legatario præstare debere. Quid ergo si eam legatarius aliunde consecutus sit, an adhuc eam ex testamento petere potest? Hic distinguendum inter titulum seu causam lucrativam & onerosam. Nam si rem vel vivo testatore vel post ejus mortẽ ante aditionem nactus est ex causa onerosa, potest adhuc ejus æstimationem consequi actione ex testamento: sin ex causa lucrativa non potest *ut h. & l. 34. §. quod si rem D. de leg. 1. l. 108. §. Stichum D. d. t.* Ratio, quia cui precium rei abest, ei res ipsa abesse videtur *l. 14. D. de V. S.* Est autem causa lucrativa quæ merũ continet lucrum in quam nihil expendimus: seu pro qua nihil erogamus ut donatio, ut legatum, vide t. C. de impon. lucrat. descriptione L. 10. Onerosa est pro qua aliquid expendimus, pro qua aliquid nobis abest, ut in emptione pro merce precium, in locatione pro usu merces sive pensio, in dote onera matrimonij quæ maritus sustinet. Exemplum superioris distinctionis elegans proponitur in *§. si cui fundus infr. h. t. de quo ibi.* Ratio differentiæ est ex R. I. Duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse *l. 17. & 19. D. de O. & A. l. 83. §. si rem D. de V. O.* dixi causas lucrativas: nam lucrativa & non lucrativa sive onerosa concurrere possunt *d. l. 19. & l. 13. §. si fundum D. de actio. empti.* Dixi in eundem hominem: nam in diversos nihil prohibet quin cõcurrant V. G. in servum & Dominum *l. 108. §. 1. D. de leg. 1.* Præterea dixi in eandem rem: nam in diversas benè concurrere possunt *l. 82. D. d. t.* Legatarius igitur qui rem ex causa lucrativa jam consecutus est, si adhuc eam petat ab herede repellitur exceptione doli mali *l. 4. §. si quis autem ex causa D. de doli except.* Nam contra æquitatem naturalem ac bonam fidem facere videtur qui petit q̃ jam habet, & quidem sine suo incommodo aut onere habet: nec ferenda est talis avaritia legatarij *l. unica §. ubi autem C. de caducis tol.* Huic consequens est ut dicamus de eo cui eadem res duobus diversis testamentis legata est.

Huic quidem ab utroque res debetur: sed tamen distinctio hic etiam adhibenda est: an videlicet ex alterius testamento rem ipsam consecutus sit: an vero ejus æstimationem: priore enim casu non potest amplius eum petere utpote quã jam habet: altero casu potest. Idem dicitur in *l. 34. §. sed si duorum D. de leg. 1.* Ratio cur æstimationem rei habens adhuc ipsam rem petere possit, est: quia licet æstimationem nactus sit: tamen verum est rem ipsam ei adhuc abesse: non enim semper verum est, quod dicitur precium succedere loco rei. Exceptio hujus rei est *in l. 84. §. si Sempronius D. de leg. 1.* Ubi precium fundi nactus si adhuc petat fundum, exceptione doli repelli potest. Dictum est de eadem re uni diversis testamentis legata quid juris sit. Quod si in eodem testamento bis uni eadem res legatur tamen semel tantum debetur: nam sæpius idem legando testator non ampliat legatum, idemque est si in testamento relictum legatum repetatur in codicillis cum hi sint pars testamenti. Probantur hæc *in l. 42. D. de usufr. l. 34. §. 1. D. de leg. 1. l. 68. D de leg. 2. l. 12. D. d. probat.* nisi expresserit testator se non solum rem, sed etiam æstimationem ejus præstari velle *dd. ll.*

Excipitur legatum quantitatis sive summæ quod sæpius iteratum sæpius etiam debetur si constet testatorem hoc voluisse. R. D. inter corpus sive speciem & summam seu quantitatem redditur in *d. l. 34. §. sed si non corpus.* Sic in stipulatione quoque qui bis idem promittit non amplius quam semel tenetur *l. 18. D. de V. O.*

Ad §. ea quoque res.

Non solum res jam extantes: verum etiam futuræ legari possunt quamvis testamenti tempore in rerum natura non essent, ut fructus qui in illo fundo nascentur, vinum quod in illa vinea, &c. Item partus ancillæ, fœtus pecorum qui sunt in utero ut *h. & l. 24. D de leg. 1. l. 17. D. de leg. 2.* R. D est, quia hæ res cum nondum sint, non possunt dari neque præstari. R. tamen Dec. est: quia illud tempus hic expectatur quo eæ res erunt, dilationem capiunt ex re ipsa; nam inest his legatis tacita hæc conditio si nimirum extiterint *l. 1. §. ult. D. de condit. & demonst.* Neque tamen idcirco conditionalia sunt sed pura *l. 99. D. d. t.* Sic & in stipulationem res futuræ deduci possunt *l. 73. D. de V. O.* & emi ac vendi *l. 8. D. de contrah. empt.*

Ad §. si eadem res.

Hic §. non tam videtur pertinere ad res quæ legari possunt quod posuimus primum caput hujus tractatus de legatis, quam ad formam & modum legandi: nam agit de conjunctis & disiunctis legatarijs, de jure accrescendi inter ipsos qui locus in jure perdifficilis est adeoque latissime explicatur à Jasone & alijs *ad l. re conjuncti 89. D de leg. 3.* Vide & *Duar. in lib. de jure accresc. & Zasium l. 1. intellectuum singul. cap. 18. & seq.* Sententia §. hæc est, una eademque re duobus legata sive conjunctim sive disiunctim si quidem uterque & possit & velit legatum capere res legata æqualiter inter eos dividitur sive scinditur, hoc Impr. ait. Sin autem alter deficiat, quia vel nolit vel non possit suam partem capere: alteri tota res debetur: eique alterius deficientis pars accrescit. Atque hoc est quod dici solet. Una re pluribus conjunctim legata singulis quidem deberi solidum: sed concursu fieri partes *l. 80. D. de leg. 3.* Ratio: quare concursu utriusque fiant partes, id est, cur res legata æqualiter inter eos dividatur cum tamen singulis solida legata sit, hæc est: quia cum tota res utrique legata sit: quæ tamen utrique non potest solida dari, videtur hæc esse voluntas testatoris ut æqualiter inter eos dividatur. Et hæc conjectura voluntatis Testatoris ita demum admittitur, si non ex verbis manifestum sit, eum voluisse rem priori auferre & posteriori tantum adijcere. Hoc enim casu posteriori soli debetur *l. 33. D. de leg. 1. & l. 20. D. de leg. 3.* Cur autem uno deficiente alteri debeatur res solida ratio est, quia Testator utrique rem in solidum legavit *l. unica §. sin vero C. de cadu. toll.* Porrò eo casu quo altero deficiente alteri accrescit deficientis portio, notanda est differentia inter conjunctos & disiunctos legatarios: nam inter conjunctos quidem accrescit portio cum onere: inter disiunctos vero sine onere *d. l. unica §. ubi autem vers. sui autem C. eod.* R. D. sumenda est ex conjectura voluntatis

tatis defuncti. Is enim separatim legando videtur voluisse ut unusquisque suum onus ferret: conjunctim vero legando ut onera essent communia. Interdum tamen in disiunctis concursu non fiunt partes, sed singulis in solidum res legata debetur: ita ut unus rem ipsam; alter æstimationem rei consequatur: nimirum si hæc sit expressa voluntas testatoris *d. l. unica §. ubi vers. hoc autem ita* C. *de cad. toll. & d. l. 33. D. de leg. 1.*

Ad §. sicui fundus.

Paulo ante dictum est de re legata, quæ tota ex causa lucrativa ad legatarium pervenit ejus legatum extingui. Hic jam agitur de re quæ partim ex causa lucrativa, nimirum, quoad usumfr. & partim ex onerosa nempe quoad proprietatem ad legatarium pervenit. Finge cum fundus Tusculanus mihi legatus esset à Titio, proprietatem ejus nudam detracto usufructu emi, id est, acquisivi titulo oneroso, postea usufr. ejusdem ad me pervenit ex causa lucrativa puta quia mihi donatus, quia extinctus erat per cap. dim. fructuarij. Quæritur an adhuc illum fundum actione ex testamento petere possim tanquam mihi legatum. Et respōdet Imperator ex sentent: Iuliani posse *l. 82. §. fundus D. de leg.* 1. R. tamen D. i. e. cur totum fundum petens plus petere videar & tantum proprietatem nudam petere debeam est, quia hanc solam ex causa onerosa nactus sum, abest enim mihi ejus pretium & proinde res ipsa abesse videtur ut *sup. d. ex l. 14. D. de V. S.* Usumfructum vero ex causa lucrativa consecutus sum. Ergo non possum rursus ex alia causa lucrativa, id est, ex legato eundem petere secundum regulam superius traditam. R. tamen Dec. est: quia usus fructus in petitione servitutis locum obtinet, quæ verba satis obscura sunt & hoc velle videntur: etsi usus fructus in plena proprietate nō consideratur utpote qui sit servitus. Res autem sua nemini servit, tamen hic in petitione, id est, in judicio dum fundus totus petitur etiam usus fructus videtur peti quasi adhuc separatus esset à proprietate. Non ait Imp. usumfr. hoc casu esse servitutem, nam hoc falsum esset, sed inquit servitutis locum obtinet, & quidem tantum in petitione, id est, quoad præsens judicium quo fundus petitur. Et hæc quidem ipso jure ita possunt, sed officio Judicijs res temperatur: nam Judex tanti æstimare debet litem quantum mihi abest: Abest autem non usus fructus quem ex causa lucrativa jam habeo: sed sola proprietas cujus scilicet precium numeravi.

Ad §. sed si rem.

Non quælibet res aliena recte legatur: nam legatario res ipsius legari non potest ut *h. & l. 13. C. eod. l. 41. §. tractari D. de leg. 1. l. 66. §. non idem & §. pen. D. de leg. 3.* Adeò autem inutile est hoc legatum, ut nec æstimatio quidem ejus debeatur. Sic neq; emptio rei suæ: neque stipulatio valet *l. 16. D. de contrab. empt. l. 4. C. eod. l. 82 & l. 87. D. de V. O.* Ratio horum omnium est, quia quod cuiusque propriū est non potest amplius ipsius fieri ut *h. & § sic itaque infr. de actio: l. 14. §. pen. D. de excep. rei judic. l. 159. D. de R. I.* Si tamen sub hac conditione fiat si res nostra

distinctio non cadit in donationem: nemo enim in necessitatibus liberalis existit *l. 18. D de adim. leg. vide & l. 15. & 24. D. d. t.* Probatio autem exigitur ab herede *d. l. 11.* Neque obstat regula *supr.* tradita quod onus probandi incumbat ei qui agit. Actor autem hoc loco fit legatarius, quia exceptio ejus regulæ est hæc, nisi præsumptio sit pro altero, ut est hoc loco pro legatario.

Hæc inquam præsumptio transfert onus probandi in ipsum Reum, Et hæc de totius rei legatæ alienatione. Eadem omnia intelligenda sunt etiam de alienatione partis, *ut h. vers. si vero quis partem. l. 8. D. de leg. 1.* Nam, ut vulgo dicitur, Idem jus est de parte quoad partem, quod est juris de toto quoad totum, *argumento l. 76. D. de rei vindic.* Cum ergo alienatio ex necessitate facta à testatore non extinguat legatum, multo minus id extinguet ejus oppignoratio, *ut h. vers. idem rescripserunt & l. 3. C eod. Paulus l. 3. t. 6. §. si rem legatam 1.* quia oppignoratio non est alienatio, sed tantum onus & obligatio rei.

Deinde quia oppignoratio fere semper fit ob necessitatem rei familiaris, quam ut aliquis sublevet mutuum accipiens, pignus dare solet, ut dicetur ad *t. infr. quib. modis re.* Heres igitur rem oppignoratam debet luere & legatario præstare, *ut h. & d. l. 3. C. eod.*

Ad §. si quis debitori.

Ad *h. §. pertinet t. t. D. de liberatione legata*, ac ponitur hic exemplum rei incorporalis legatæ: summa est, posse testatorem suo debitori legare id quod debet sive nomen. Idem ait *l. 1. D. d. t.* Ratio dubitandi est, quia hic videtur legatario res ipsius propria legari, nam etsi debet rem, tamen adhuc ejus Dominus est *d. l. 1.* Atqui rei suæ legatum non valet *ut supr. d. in §. sed si rem h. t.* Ideoque olim hoc legatum videtur inutile fuisse, aut certe controversum, ut indicatur ab Ulp. *in l. 3. D. d. t* R. tamen Dec. est: quia non tam res quàm Jus seu obligatio hic legatur, quæ non est res debitoris, sed Creditoris: ideo enim dicitur æs alienum non suum. Ut autem diversæ sunt formulæ quibus relinquitur hoc legatum liberationis, ita & effectus ejusdem variant; nam aut in rem conferuntur verba liberationis, aut in persona *l. 8. §. tale & §. seq. D. d. t.* In Rem hoc est generaliter nulla facta mentione Personarum certarum: quomodo & pacta alia in rem, alia in personam concipiuntur. Rursum vel in perpetuum aliquis liberatur: vel ad tempus duntaxat, si verba liberationis in rem collata sint. V.G. centum quæ mihi Titius debet, heres meus ne petito: vel ne à Titio petito: vel ea Titio do, lego. Hujus legati effectus est hic, ut heres neq; ab ipso Debitore, neq; ab ejus herede, vel fideicommissario universali, vel bonorum possessore qui sunt loco heredis petere possit, & si petat, ut doli exceptione repellatur. Deinde etiamsi heres non petat sive agat atq; ita occasionem præbeat proponendæ à Debitore exceptionis: tamen ipse Debitor vel ejus heredes alijque successores ultro agere possunt & liberationem condicere *l. 3. §. nunc de effectu & l. 8. §. tale l. 22. & l. 25. D. de liber. legata.* Quomodo etiam is qui cautionem dedit spe futuræ numerationis, quæ non est secuta, non solum si ab ipso petatur tutus est exceptione non numeratæ pecuniæ, sed etiam ultro ipse agere potest ut liberetur, de

quo infr. d. t. de literarum oblig. Liberabit autem heres hunc legatarium per pactum de nō petendo, vel per acceptilationem. Si autem liberatio sit personalis V. G centum quæ mihi à Titio debentur heres meus à solo Titio, vel à Titio quamdiu vivet, ne petito. Legati effectus hic est, ut tantum ipsi Debitori prosit: non etiam ejus heredibus, aut aliis successoribus: quæ enim personæ cohærent ea cum persona extinguuntur & ad heredes non transeunt *d. l 8. §. tale legatum & l. 20. D. d. t. argumento l. privilegio D. de R. I. 196.* Denique si ad tempus tantum liberatio legata sit, ut Centum quæ mihi Titius debet intra decennium heres meus ab eo ne petito legatum parit exceptionem dilatoriam. Eo enim tempore elapso heres debitum petere potest: non autem antea *d l. 8. §. 1 D. d. t.* An autem hoc legatum liberationis ipsi tantum reo principali, an vero etiam ejus fidejussori prosit, vide *l. 5. & l. 10. D. d. t.* Postremo sciendum evanescere istud legatum, si testator dum viveret, debitum exegerit *l. 7. §. liberatio & l. ult. D. d. t. l. 75. §. qui si addiderit de leg. 1.*

Ad §. ex contrario.

Diximus de debito seu nomine, quod Creditor suo Debitori legat: sequitur de eo, quod Debitor legat suo Creditori vice versa. Hoc legatum ait Impr. non semper esse utile: sed tum demum, si plus sit in legato: sive (ut Paulus loquitur) si emolumentum debiti amplietur *l. 25. D. de liberat. legat.* His autem modis legatum potest esse plenius quàm debitum, si legetur à Debitore qui tutus erat exceptione aliqua perpetua: hanc enim Creditori videtur remisisse. Itē si in diem vel sub modo aut conditione aut certo loco debitum purè legatur. Est enim hîc commodum repræsentationis, id est solutionis puræ & præsentis. Item si debitum jure prætorio legetur, ut jam deinceps actione civili, quæ magis efficax est quam prætoria, peti possit. vide *l. 11. 13. 14. D. d. t. l. 66. & l. 82. D. de leg. 2. l. 28. & 29. D. de leg. 1. l. 1. §. quis D. ad l. falcid. l. 3. §. si rem D. de leg. 3.* Quid ergo inquies si dies venerit vivo testatore vel conditio extiterit: irritum ne fiet legatum quia scilicet in eum casum inciderit à quo incipere non poterat, an nihilominus valebit? ℞. non fiet irritum *ut h. & l. 5. D. d. l. falc.* Contrarium sensit Paulus nempe fieri irritum in *d. l. 82. D. de leg. 2.* Sed Impr. hoc loco ejus sententiam repudiat & magis probat Papiniani quæ est *in d. l. 5.* Porro de hac regula Juris, Rem extingui si incidat in eam causam, à qua incipere non potest, quibus casibus illa locum habeat vel non, explicāt Donellus ad *l. 140. §. & si D. de V. O. & Cujac. ad l. 98 D. eod. t.*

Ad §. sed si Uxori.

Aliud exemplum rei incorporalis legatę est in dote: ait enim, Maritū Uxori suæ recte legare dotem qua de re est *t. t. D. de dote prælegata.* R. D. hæc est quare hoc legatum dotis videatur esse inutile est, quia Dos jam ante est uxoris *l. in rebus 30. C. de jure dot. utpote* quæ proprium illius patrimonium dici solet, unde etiam Dotis repetitio soluto matrimonio mulieri datur *t. t. D. soluto matrimonio*

dot.

des quemad. pet. & t. C. de rei uxor. act. & Maritus est Vxoris debitor ratione dotis quam accepit. Ac mulier non tam videtur accipere quam recipere dotem ut ait *l. 2. §. 1. D. de dote prælega.* Jam autem res legatarij propria, non recte ipsi legatur ut *supr. dict.* Ratio tamen Dec. est: quia plenius est legatum dotis quam actio de dote. Tunc autem Debitor creditori debitum legare potest, si plus sit in legato quam in debito ut modo dictum §. *praced.* Plenius est autem legatum Dotis quam de dote actio, quia legatum statim à morte testatoris debetur; Sed de dote actione non statim: sed annua, bima, trima die dos repeti potest *l. unica §. exactio C. de rei uxor. act.* & hoc est, quod Vlpi. vocat commodum repræsentationis *in l. 1. §. & verum est & §. idem quærit. & in l. 2. D. de dote prælegata.* Eodem modo verbum repræsentandi alibi quoque usurpatur ut *l. 1. §. 10. D. ad l. falc. d. l. 1. & l. 2. l. 36. D. de condit. & demonst.* Item apud Cicer. & alios. Multi absentem audent mortem contemnere, quæ mox Terret eos, veris repræsentata periclis, inquit. Gabr. Faern. Et hæc quæ dixim⁹ vera sunt si Dos numerata sit marito. Sin aũt (id quod sæpè fit) Maritus promissam doté non acceperit, distinguendũ est. Aut enim simpliciter & indefinite sic dicit testator: quæ ab vxore mea dotis nomine accepi, ea ipsi do, lego. Aut nominatim expressa certa quantitate, ut, Centum quæ dotis nomine ab vxore accepi, vel fundum Tusculanum, quem pro dote accepi; Vel denique ea quæ instrumento dotali continentur, ipsi do, lego. Priore casu si nihil accepit, legatum est inutile, idque propter incertitudinem, quæ facit ut hoc legatum nullum exitum habere possit. Unde enim cognoscemus quantum Testator relinquere voluerit?

Altero casu ea summa debetur, vel ea species quæ expressa est, etiamsi dotis causa Maritus nihil acceperit: hic enim constat quantum fuerit legatum *l. 1. §. sed & si dotem l. 6. D. de dote prælegata l. 3. & l. ult. C. de falsa causa adiecta l. 75. §. 1. D. de leg. 1.* Nec obstat quod Maritus nihil nomine dotis acceperit, cum tamen fateatur se accepisse: nam falsa demonstratio non perimit legatum: ut dicetur *infr. ad §. huic proxima h. t.* Sic si Maritus vxori suæ quadraginta leget quæ heres ipsi reddat dotis nomine, etiamsi sciat dotem jam ante redditam esse tamen 40. debentur *l. 21. D. de leg. 2.* Superior autem distinctio non tantum habet locum in legato dotis: sed & in alio quovis debito legato *l. 25. D. de liberat. legata.* Ut autem *supr.* dictum est de legato liberationis, illud evanescere si testator vivus debitum exegerit à Debitore: ita hic quoque evenit si constante matrimonio Dos vxori à marito reddita fuerit *d. l. 1. §. adeo D. de dote præleg.*

Ad §. si res legata.

Hic quoque §. pertinet potius ad locum de extinguendis legatis ut & seq. aliquot. Agitur.n. hic de interitu rei legatæ ad quem illa pertineat: an ad legatariũ an vero ad heredem. Initio autem hoc in genere admonendum de omnibus obligationibus certæ speciei vel corporis alicujus (aliud enim est si quantitas vel genus debeatur) eas extingui interitu rei qui ante moram & sine culpa vel facto debitoris contingit. Qua de re tractari solet *ad t. quibus modis tol. obl. inf. l. 3.*

t.ult. Vide & Brisson. l.2.de solut. Ergo etiam heres, qui legatarij Debitor est ratione legati, ejus interitu liberatur, si is sine culpa & facto ipsius & ante moram cōtingat *l. 23. D. de V. O. l. 26.§.1 l.36.§.ult.l.47.§.sed si Stichus & §§. seq. l. 48. l. 53.§. si heres & seq. l. 108.§.si servus D. de leg. 1. l.49. & l.65. D. de leg.2. Paulus l. 3. sent.t. 6. §. servo.* Adeo autem extinguitur legatum interitu rei, ut ne quidem ejus reliquiæ debeantur *d. l. 49.* quamvis aliud sit in domo legata combusta: nam area ejus adhuc vindicari potest à legatario *l. 22. D. de leg.* 1. Ratio est. 1. Quia nihil imputari potest heredi. Deinde quia legatarius est Dominus rei legatæ, non autem heres, *ut supr. d. ex l.64. D. de furtis & l.80. D.de leg.2.* Est autem hoc universale quod res unaquæque perit Domino suo. Denique quia augmentum & commodum rei legatæ ad legatarium pertinet. Est igitur æquum & secundum naturam, ut etiam diminutio seu damnum & interitus ad eundem pertineat *argumēto l. secundum naturam D.de R. I.* Accedit & hoc, quia res quæ perijt, non potest præstari: impossibilium autem non est obligatio ut est in R. I. At inquies æstimatio ejus præstabitur. ℞. ne hæc quidem debetur, quia non est legata æstimatio, sed res ipsa. Benè autem observandum, quod ait Imperator: sine facto heredis, id est, si per eum non stet quo minus rem legatam legatarius habeat. Si ergo per eum stet, ut si vel moram fecerit, vel ipse occiderit servum aut animal vel aliter peremerit rem: ad ipsum heredem pertinebit interitus, qui hoc casu nihilominus obligatus manet legatario ad præstandam rei æstimationem *l. 39. §. 1. & l.53.§. sed si animal, cum seq. d. l. 108. §. si servus D. de leg.1. l.6. D. de usufr. legato.* Idemq; juris est etiam in re ex stipulatione debita *l. 82.§.1 D. de V.O* Ratio est: quia hoc casu aliquid imputari potest heredi, argumento *l. 15. D. si quis omissa causa testa.* Nec debet per eum deterior fieri conditio legatarij, *argumento l. non debet ff. de R. I.* Contra si per legatariū steterit quo minus acciperet cū heres tradere vellet si re perempta, iterum petat, doli exceptione submovetur *l.84.§ si cui homo ff. de leg.1.* & hæc quidem in genere de interitu rei legatæ. Huic tanq̃ species subjicitur manumissio servi legati per quam quodammodo perit servus. Est enim novus homo post manumissionem *l. servus D. de adim. leg.* unde manumissio morti similis esse dicitur *l.92. D. de solut.* Nam eximitur servus commercio per manumissionem cum liberum corpus non recipiat æstimationē *l. 3. D. si quadrupes pau. fec. dicitur l. ult. D. de his qui dejecerunt vel effu.* Sed hic ita distinguimus ut si quidem servus alienus si legatus & à Domino suo ante moram ab herede cōmissam, & sine ejus facto manumissus sit heres non teneatur sed legatum extinguatur. Sin aūt heredis servus legatus sit & ab herede sive sciente sive ignorante, eum esse legatū, manumissus sit, legatum servi non extinguatur, sed heres maneat obligatus eo nomine legatario *l.35. & l.112. §. 1. D. de leg. 1. l. 28 D qui & à quib. manum. in qua l.* Quod *Paulus ait* heredem manumittendo nihil agere, nō est ita accipiendum quasi ille non fiat liber, sed quod nihil agat ad se liberandum quo minus legatario teneatur ad æstimationem ejus servi.

Idem est in promissore servi alieni *l. 92. D. de solut.* R. D. hujus manifesta est & æquissima: nam priore casu nullum intervenit factum heredis quo incommodetur legatario: posteriore intervenit, nullaque habetur ratio vel scientiæ

vel

vel ignorantiæ ejus *l. 91. §. de illo D. de V. O. d. l. 28. D. qui & à quibus l. 25. §. si quis filium. D. ad Trebell.* Hic enim solus eventus damni spectatur secus quam supra §. *in fruadem quib. manumit. nō licet.* Ubi utrumque simul requiritur & consilium seu animus fraudendi & eventus ipse.

Ad §. si quis ancillas.

Diximus de interitu totius rei legatæ omniumque ejus partium: Nunc de interitu unius ex pluribus, quæritur cui legatum extinctum sit. Hic distinguendum est, An res una sit alterius accessio & sequela ita ut sine ea per se subsistere non possit. An etiam per se subsistere possit. Priore enim casu totum legatum est extinctum ut sublato principali ne accessio quidem legato cedat: posteriore, ea quæ restant adhuc salva legato cedunt. Prioris generis exempla sunt 1. In servo qui legatus est cum peculio. Eo namque mortuo vel manumisso vel alienato etiam peculij legatum extinguitur ut *h. & l. 1. l. 12. D. de pecul. leg.* Aliud est in fundo qui legatus est cum instrumento seu instructus: nam alienato fundo etiam instrumenti legatum extinguitur ut *h. & l. 1. §. 1. l. 5. D. de instructo vel instrumento leg.* quæ tamen *l. 5. huic* loco obstare videtur cum hic pro eodem accipiantur fundus instructus & fundus cum instrumento legatus: quæ tamē duo ita distinguuntur *in d. l. 5. ut* alienato fundo qui legatus fuerat cum instrumento nihil debeatur: sed alienato fundo qui instructus legatus est, vel qui sic legatus est, Fundum & instrumentum do, lego, adhuc debeatur instrumentum. R. id discrimen inde existere, quia plenius sit legatum hoc posterius, quam illud cum instrumento fundum: Et magis hic apparet testatoris voluntas quod voluerit etiam instrumentum solum deberi, & quidem non modo instrumentum agri: sed & proprium suum instrumentum *l. 12. §. sed si fundus D. de instrum. vel instrum. leg.* Aliud exemplum est in penu quæ cum vasis legata est: nam consumpta penu etiam vasorum legatum evanescit *l. 2. & l. 4. D. de penu leg.* Aliud exemplum in quadriga legata, de qua, si is Equus, qui quadrigā demonstrat, i. e. qui est præcipuus, mortuus, sit: reliqui Equi non debentur *l. 65. § 1. D. de leg. 2.* Ratio horum omnium est: quia accessoriū extinguitur cum res principalis perempta fuerit *l. 2. D. de pecul. leg. l. 129. §. 1. & l. 178. D. de R. I.* Posterioris exempla sunt. 1. in ancilla cum suis liberis legata: nam tametsi mater fuerit mortua: tamē liberi legato cedunt ut *h. & l. 62. cum l. seq. D. de leg. 1. l. 3. D. d. pecul. legato.* R. D. est, quæ etiam movit Servium ut contrarium diceret, quia partus videtur accessio quædam ancillæ *d. l. 63.* R. tamen Dec. est: quia partus non est accessio, sed p se subsistit, idque propter dignitatem hominis *argumento l. 44. D. de ædil. edi.* quę ratio etiam facit ut partus ancillæ non sit in fructu *ut supr. d. ad §. in pecudum vers. partus de rer. divis.* Aliud exemplum est in servo ordinario qui legatus est cum Vicarijs suis: quamvis enim ordinarius decesserit aut manumissus sit nihilominus Vicarij ad legatarium pertinebunt *ut h. & l. 4. D. de pecul. leg.* Sciendum est autem servos ordinarios in jure opponi solere Vicarijs, & Vicarij sunt qui aliis subsunt, & in eorum sunt peculio. Unde apparet ordinarios quamvis essent cōservi Vicariorum sub eodem Domino, tamen digniores fuisse. Erant etiam sæpè

vicariorum vicarij ut docet *l.6.§.si peculia & l.pen.D.de pecul.leg.* Interdum etiam Ordinarius opponitur vulgari & mediastino, ut in *l.15.§.itaque Prætor. D.de injurijs.*

Ad §. Si grex & §.seq.

Agitur hic de augmento & diminutione rei legatæ, quorum utrumque dicitur pertinere ad legatarium. Exemplum affertur in grege & in ædibus. Sed idem intelligendum est etiam in aliis similibus ut in armento boum, in equitio, in agmine Equorum, in navi, in dote, in peculio, in veste, in foro, in argento. Hęc enim omnia sunt universitas quædam & corpora ex pluribus partibus seu capitibus constantia *l.6.D. de leg.2.* Hic admonendum est de illa trimembri corporũ divisione quam JCti à Stoicis mutuati sunt, ut sup. quoque dixi *ad §.cum ex aliena de rerum divis.* Alia namq; sunt conjuncta ut, grex, armentum, equitiũ, &c. alia disjuncta ut domus, navis, armarium. Alia denique uno spiritu comprehensa ut liber, homo. Ex quibus priora tantum duo genera huc pertinent. De omnibus igitur hujusmodi legatis una communis regula tenenda est, eorum & augmentum, & diminutionem vel accedere vel decedere legatario ut h. & *l.21. cum l.seq.l.44.§.si area. D.de leg.1.l.10. & l.39.D.de leg.2.* Quare si aliquot oves gregi legato adjectæ sint vivo testatore illæ augebunt legatum *argumento l.3.D. de rei vindic.* Contra si aliquæ adimuntur minuent legatum: ita tamen ut id quod superest, etiamsi tantum una sit ovis peti adhuc possit; non quidem tanquam grex, cum una ovis non faciat gregem. Grex enim est corpus quoddam vel universitatis ex pluribus distantibus capitibus, sed tanquam pars gregis. Sic columnæ & marmora, item tegulæ, tigna, fenestræ, ostia quæ postea ædibus legatis additæ sunt legato cedunt: Ea enim Senatus seorsim legari & eximi ædibus prohibuit. *l.41.§.1.& seqq. D. de leg.1.l.21. §.ult. D.de leg.3.* Sicut etiam l.12. tab. vetuit tignum eximi ex ædibus aut vinea ut *sup.d.in §. cum in suo solo. de rerum div.* Sic si areæ legatæ ædificium postea fuerit impositum, utrumque debetur & solum sive area & superficium *l.39.D.de leg.2.*

Ad §. Si peculium.

Huc pertinet *t.D.de peculio legato.* Quid sit peculium & quotuplex repetendum est ex ijs quæ dicta sunt *ad t.per quas personas.* Ut autem grege legato omne ejus augmentum & omnis diminutio pertinet ad legatarium: Ita in peculio quoque legato idem jus obtinet: Nam & peculium nascitur, crescit, & decrescit & moritur instar hominis *l.40. D.de pecul.* Sed hic opus est distinctione. Nam aut vivo Domino qui peculium servi sui legavit aliquid accedit ad peculium: aut post ejus mortem jacente adhuc hereditate, si vivo indistincte, & ut Imperator ait sine dubio ad legatarium pertinet, quicunque ille sit: sive servus ipse manumissus, sive extraneus *ut h.in pr.* Si post mortem aut peculium ipsi servo manumisso est legatum & totum ad ipsum pertinet cum augmento. Aut legatum est extraneo. Et hic rursum distinguimus. Vel enim ex ipsis rebus peculiaribus auctum est peculium. V.G. ex partu ancillarum, ex fœtu pecorum quæ in pe-

in peculio erant: aut aliunde auctum est, puta ex operis servorum, aut ex donationibus ex legatis. Priore casu ad legatarium pertinet illa accessio: posteriore ad heredem: nisi appareat aliud sensisse testatorem, *ut h. & l.8.§. ult. D. de pecul. leg.* R. Differentiæ quare inquam augmentum peculij ipsi servo legati cedat legatario: alij vero non semper cedat, est hæc: quia legati hujus dies cedit ab adita hereditate ut h. Imperator ait: quæ ratio ut intelligatur sciendum est. Primò. Diem cedere tunc quando pecunia incipit deberi ut est in *l. cedere diem. 213. D. de V S.* Ergo legati dies dicitur cedere quando legatum deberi incipit & ad heredem transmitti potest. *t. t. D. & C. quando dies legatorum vel fideicommiss. cedat.*

Porrò alia sunt legata quorum dies cedit statim à morte testatoris: alia quorum dies demum post aditam hereditatem cedit qualia sunt legatum libertatis, usus, ususfr. & habitationis, item legatum optionis *l.3 l.8. & l. seq. D. quando dies legat. l.16. D. de optione legata.* Reliquorum v. legatorum omnium dies cedit statim à morte testatoris *l. unica. §. in novissimo. C. de cad. toll.* Aliam Resp. convenientiorem reddit Ulpianus in *d. l.8. D. de pecul. leg.* ductam scilicet à conjectura voluntatis testatoris, qui peculium legans ipsi servo quem manumittit, videtur voluisse ut ad ipsum quàm plenissimum perveniret, ejusque proprium patrimonium esset post manumissionem; quod idem non possumus dicere de alio legatario nisi testator hoc ipsum expresserit. Deinde cur augmentum peculij quod ex ipsis rebus peculiaribus provenit ad legatarium pertineat: quod aliunde non item. Ratio differentiæ est: quia æquissimum est ut quod ex ipso peculio proficiscitur detur ei cui legatum est peculium *argumento §. item ea quæ ex animalib. sup. de rerum div. & argumento §. igitur liberi & §. de ijs. a. servis sup. per quas personas.* Notandum est autem peculium tacite non sequi servum in testamento manumissum aut alteri legatum neque deberi vel huic vel isti, nisi expresse legetur ut *h. vers. peculium autem l.24. D. de pecul. leg.* Diversum est in servo inter vivos manumisso. Hunc enim tacitè sequitur peculium nisi expresse ei ademptum fuerit ut *h. & l. unica. C. de pecul. eius qui lib. meruit.* Exceptó servo qui à pupillo apud consilium per vindictam manumittitur: nam hunc peculium nō sequitur *l. pen. D. de manum. vindicta.* Differentiæ rationem inter manumissos testamento & inter vivos reddit *Accursius in d. l. unica, & aliam Cujac. in parat. ibidē.* Quia inter vivos manumittens, neq; alij dat peculium neq; sibi retinet: in testamento manumittens, peculium cum universo jure heredi dedisse videtur. Secūdò, notandum est quid contineatur peculio quod servo manumisso legatum est. Hac de re plura vide *in D. eod. t.* Imperator hic illud tantum affert, non contineri pecuniæ petitionem quam servus in rem dominicam impedit. Idem dicitur *in l. 6. §. sicut autem. D. d. t.* Nam cum à domino eam non repeteret non repetet etiam ab ipsius herede. Deinde, quia impudens & iniquus admodum esset hic servus si cum eo qui secum liberalissime egit & liberum fecit, tam sordide agere velit ut quæ pro Domino impenderit, ea repetat. Hujus tamen exceptio quædam est in *l.23. §.1. D. d. t.* nimirum si non servus sed ipse Dominus solitus sit aliquid de suo hoc nomine erogare.

Hoc

Hoc.n. casus servus legatarius ab herede hoc repetere potest. Tertiò notandū est quod ad formulam hujus legati relinquendi pertinet, peculium hoc quoq; modo legari posse, si Dominus seu testator servum jubeat esse liberum redditis rationibus & reliquis inde illatis. Quæ conditio manumissionis crebra est in jure *l 82. & l. 111. D. de condit. & demonst. l. 32. eod. t.* Idem dicitur *in d. l. 8. §. interdū. D. de pecul. leg.* Ratio est in conjectura & interpretatione voluntatis. Videtur enim testator dum jubet servum quædam inferre ex peculio, nam aliunde non potest voluisse ut reliquum sibi retineat. Nam ut vulgo dicitur Exceptio seu exclusio unius est alterius inclusio *argumento l. 12. §. idem respondit vers. denique D. de instructo legato.* Duobus igitur modis peculium legatur aut expresse, ut Pamphilus servus meus liber esto & peculium suum cum moriar habeto *l. 14. D. de pecul. leg. & alibi.* Aut tacitè & per interpretationem voluntatis defuncti relictum esse videtur.

Ad §. tam autem corporales.

Res legari possunt ut & *supra* monui non solum corporales, ut fundus tusculanus, Scyphus, vestes, libri, suppellex, alimenta, cibaria, aurum & argentum, vinum, oleum, frumentum: Sed etiam incorporales sive quæ in jure consistunt ut Usus, ususfructus, habitatio, item servitutes prædiorum, reditus, obligatio, nomen seu debitum ut *h. & l. 41. D. de leg. 1.* Neque res tantum, sed etiam facta legari possunt. ut *h. vers.* sed & tale, quæ omnia etiam in stipulationem deduci possunt *§. ult. infr. de V. O.*

Exempla rerum incorporalium quędam jam supra habuimus. Hic aliud affertur in legato nominis sive debiti. Potest enim testator id quod sibi debetur ab alio, alteri legare. V. G. centum quæ mihi à Titio debentur, heres meus Sempronio dato *l. 75. §. 1. l. 82. §. qui Cajum & l. 105. D. de leg 1 l. 13. §. 1. D. de leg. 2. l. 34. D. de leg. 3.* Effectus porro hujus legati nominis est non ut heres illud ipsum quod debetur, legatario præstare cogatur: sed ut actiones suas quas habet adversus debitorem mandet, præstet, cedat legatario, hæc enim tria verba idem hic valent *dd. ll.* Consequitur autem legatarius ex hac cessione actiones directas cum sine cessione habeat tantum utiles *l. 18. C. de leg.* Est enim hoc generale & perpetuum in Jure, ut ex cessione alicui competant actiones directæ: sine cessione utiles *l. 1. & l. 2. C. de O. & A. l. 5. C. de hered. vel act. vendita.* Sed hunc effectum habere desinit & extinguitur legatum si ipse testator exegerit debitum ut & *supra* dictum de legato liberationis & dotis *l. 7. § liberatio D. de liberat. leg.* Idem quoque est si testator postea Debitori suo acceptum fecerit, seu accepto tulerit *d. l. 82. §. qui Caium D. de leg. 1.* Acceptio enim est imaginaria solutio *ut infr. d. ad t. ult. l. 3.* Aliud est si testator non eo animo quod legatarium privare vellet legato pecuniam à Debitore accepit, tunc enim legatum non erit extinctum *l. 11. §. ergo etsi nomen D. de leg. 3.* Idque probare debet legatarius, sicut & filia, cui Pater peculium legavit, quod postea ipse exegit à debitore filiæ, probabit patrem id fecisse alio quam adimendi animo *l. pen. §. ult. D. de adim. leg.* Quid autem si nihil debeatur testatori? ℞. aut summam aliquam expressit aut nullam expressit, verum

rum infinitè dixit quod mihi Titius debet, Priore casu debetur, posteriore non debetur legatario, ut & supra distinximus de leg. dotis. Ubi & ratio differentiæ exposita est; quia priore casu res exitum habere potest, cum ibi certa sit quantitas quæ præstari potest, neque viciatur legatum falsa demonstratione. Altero casu non apparet quantum sit relictum: ideoque voluntas exitum habere non potest. Diximus & facta legari posse ut sunt Insulam vel navem ædificare, item alterius ędes reficere, fossam fodere, ire Romam, liberare aliquem ære alieno. Quę res difficultatem nullam habet. Hæres enim facere cogitur. vide *Paulum L. 3. sent. t. 6. §. damnari & l. 14. D. de V. O.*

Ad §. Si generaliter servus.

Agitur hic de legato generis, utrius in eo sit electio an heredis an legatarij. Sciendum est autem non solum speciem, id est, rem certam, certumque corpus legari posse ut Stichum, Pamphilum, fundum Tusculanum vel Sempronianum, quæ Philosophis sunt Individua: sed etiam Genus non expressa certa re ex illo genere. V.G. si testator plures habens servos vel fundos, vel ædes, vel hortos, vel equos, &c. generaliter alicui leget servum, fundum, hortum, equum suũ. Multum autem interest an in genere res legata sit, ut homo. An in specie ut homo stichus. Nam priore casu heres ita rem dare debet, ut legatario eam habere liceat & proinde tenetur evictione. Posteriore casu liberatur si talem det rem qualis est *l. 45. §. 1. & 2. cum l. 71. §. 1. D. de leg. 1. R. D.* id est, cur legatum generis videatur inutile esse est: quia genus est incertum: atqui legatum rei incertæ nullius est momenti *teste Paulo d. L. 3. t. 6. §. legatum: facit huc l. 69. §. cum gener. D. de jure dot.* R. tamen Dec. est quia hoc legatum quodammodo certum redditur adjectione pronominis MEUS, nimirum si testator plures habeat fundos & hortos vel ædes. Hi enim designantur ut ex illo rerum numero aliquid præstetur: nam si nullos habeat fundos vel hortos &c. magis derisorium est hoc legatum quam utile. *d. l. 71. D. de leg. 1.* Aliud est si servus generaliter legetur: hoc enim legatum valet etiamsi testator nullum habeat: nam heres aliquem servum redimet & legatario præstabit, in hujusmodi igitur legato generis electio est legatarij: ita tamen ut non nimium delicatus esse debeat & optimum ex illo genere eligat, sed mediocre seu mediæ æstimationis rem. V. G. Cui servus legatus est non potest eligere servum Actorem, id est, dispensatorem ut *h. & l. 37. l. 71. l. 108. §. cũ homo. D. de leg. 1. l. ult. §. 1. vers. consensus C. communia de leg.* Ratio est: ne favore legatarij defraudentur commoda heredis ut eleganter ait Imper. *in d. l. ult. C. comm. de leg.* Interdum tamen electio non est legatarij sed heredis, nimirum tunc si testator id voluerit ut *h. & l. 12. D. de opt. leg. l. 35. §. si incerto D. famil. her.* Jure veteri erat differentia inter modos legandi. Nã si per vindicationem vel per pręceptionem legatum generaliter esset, electio erat legatarij. Sin per damnationẽ vel per sinendi modum: Heredis, ut docet *Vlp. t. 24.* Hodie verò sublata omni illa differentia legatorum ut init. t. dictum. Electio indistinctè est legatarij, nisi testator aliud dixerit. Postquam a. semel elegit legatarius non potest amplius variare, & voluntate mutata aliam rem eligere *l. 20. D. de opt. leg.* Sicut neq; is cui alternativè

id est, sub disjunctione legatum est *l.19. D. de leg.2.* Observandum est enim hæc tria legata valde affinia esse inter se. Legatum generis de quo in *h.§. si generaliter.* Legatum disjunctivum sive alternativum & Legatum Optionis de quo in §. seq. De disjunctivo seu alter: hic non agitur ut Stichum aut Pamphilum Lucio, Titio, do, lego. Ita Fundum Seianum vel eius usumf. do, lego. *d.l.19. & l.34. §. pen. D. de leg.1. l.23. D. de leg.2.* Hic quoque in arbitrio legatarij est utrum velit eligere. Aliud est in stipulatione & alijs contractibus. In illis enim si alternative aliquid debeatur electio est. Debitoris non Creditoris *l.2. §. Scævola D. de eo quod certo loco. l.10. § ult. de D. jure dot. l.12. & l.111. D. de V. O. c. in alternativis & ibi Divus de R. I. L.6.* Ratio differentiæ est: quia in legatis magis favemus legatario quã heredi, id est Creditori quam debitori. Sed in contractibus magis reo quam actori seu Creditori, Vnde fit, ut si qua sit obscuritas, Interpretatio semper pro reo, ut is quam minimum obligetur facienda sit.

Ad §. optionis Legatum.

Huc pertinet t. in ff. de optione vel elect: legati. Est autem legatum optionis quando testator jubet legatarium aliquam rem optare vel eligere, ut Titius vestimenta, Servum, &c. quæ volet eligito, optato, sumito. Potest autem hæc optio sive electio conferri non solum in arbitrium legatarij, sed etiam extranei quo non eligente post annum jam ipsi legatario videtur delata electio *d. l.ult. §. sed & si quis C. communia de leg.* Hujus legati opt: ea est natura ut ante aditam hereditatem non possit optari *l.16. D. opt. leg.* Quid ergò si interea jacente hereditate legatarius diem suum obierit? Resp. Olim non transmittebat hoc in heredem suum: nisi ipse vivus optasset: ratio erat: quia legatum hoc conditionale erat: habet enim conditionem tacitam in sese si legatarius optet. *l.3. D. qui & à quib. manum.* Legata autem conditionalia ante eventum conditionis non transmittuntur ad heredem. Erat & hæc ratio, quia optio personæ cohæreat & personæ injuncta sit conditio *l.69. D. de condi. & demon.* ideoque cum persona extinguatur. Sed Justinianus *in l.ult. C. commu. de leg* constituit, ut etiamsi legatarius non optaverit: tamem ejus heres possit ad huc optare & eligere, dum tamen post aditam hereditatem mortuus fuerit *l. unica §. in novißimo C. de cad. tol.* Sed [illegible] legatum optionis pluribus sit relictum: vel si plures sint heredes unius legatarij, iique inter se in electione dissentiant, ut est naturalis facilitas hominum ad dissentiendum *l.17. D. de resp. arbitris* Et Horat eleganter ait: Tres convivas sæpe dissentire videri Poscentes vario multum diversa palatu. Resp. Olim intercidebat hoc legatum, si inter eos non posset convenire ut *h. vers. & diligentiore argumento. d.l.35 §. si incerto D. famil. ercis.* Ratio erat, quia per hanc dissensionem fiebatur legatum non posset ad exitum perduci, dum scilicet unus alterum impediret. Sed hodie res per sortem expeditur, controversiaque dirimitur, ut quem sors pertulerit, is eligat, & rem habeat solus: cæteris præstet æstimationem pro rata: sicut fieri solet in judicio communi *divid. & famil. ercis. ut d. inf. de officio judicis.* Sic & alias in hujusmodi difficultatibus quando

res ali-

res aliter expediri nequit ad sortem decurritur *l.14. D. de judiciis.l.5. D famil. ercis.l.24.§.quid ergo.D.de fideicomm. libertatib. l.2. C. quando & quib.4.pars.l.3. C.comm.de leg.*

Ad §. Legari.

De rebus quæ legari possunt satis superque dictum est cui capiti etiam quædam obiter aspersa sunt: sequitur jam alter locus de Personis. Et si autem duplex est hic locus I. enim de illis quærendum est qui legare possunt. Deinde de illis quibus legari possit: tamen hic de altero tantum agitur omisso priore cum de eo facile sit negotium. Sciendum est enim eos demum posse legatum ut & fideicommissum relinquere qui& testamenti faciendi jus habent *l.2.D.de leg. 1.l.1.§.& 2 D.de leg.3.* Alij vero cur legari non possint hæc est ratio: quia quoties ipsum testamentum non valet, nihil in testamento valet *d.l.1.§.1.* Quanquam canonistæ excipere solent legatum ad pias causas. Hoc enim volunt esse utile etiamsi relictum sit ab eo qui jus testandi non habet, vel in testamento inutili. De personis porrò quibus legari possit, R. hic traditur ista. Legari posse ijs cum quibus est testamenti factio id est non tantum qui ipsi testamentum facere possunt: sed quicunque ex testamento alterius capere possunt. Hi namque soli etiam heredes iustitui, & tutores dari testamento possunt.§.*in extraneis.sup.de her. qual.l.21.D.de testa.tut.* Deportatis igitur & in metallum damnatis & similibus inutiliter legatur.*d.l.1.§.2.D.de leg.3.& l.3.D.de his quæ pro non scriptis hab.* Ratio est:quia testamentum est juris civ.ideoq; omnes qui cum eo aliquid negotij habere volent cives Romani esse debẽt.Ergo inquies ne servis quidem legari potest. Resp. Imo potest,nam in his persona Domini eorum inspicitur an sit capax sive heredes instituantur,sive aliquid ipsis legetur,secundum ea quæ sup.d. *ad t. de hered.instit.* Hæc regula aliquot exemplis declaratur de quibus dubitari poterat an ipsis rectè legaretur,ut sunt 1.personæ incertæ. 2. postumi alieni.3.Ejus de cujus nomine testator erravit,ubi obiter de falsa demonstratione & de falsa causa adjecta per eam non vitiari legatum.4.servi heredis.5.Domini servi qui heres institutus est. Quod ad primum exemplum attinet Incertæ personæ olim inutiliter legabatur vel fideicõmissum relinquebatur, sicut etiam non rectè instituebatur heres,neq; manumittebatur persona incerta ut *h. & apud Paulum L.3.sent. t.6.§.legatum Vlp.t.22.§.incerta & t.24.§.incerta.* Porrò quid sit persona incerta satis clarum hic est in textu. Adeò autem hoc verum erat: ut ne Miles quidem, tametsi is in testãdo multa habeat privilegia præ pagano, incertæ personæ quicquam relinquere potuerit. Ratio est, quia certum esse debet judicium & consilium testantis.*Vlp.d.t.22.* Hic autem testator ignorat cujus sit conditionis legatarius, vel heres,an inquam testamenti factionem habeat nec ne.

Deinde quia propter incertitudinem res ad exitum perduci commode non posset.*argumento eorum quæ dixi ad §.sed si uxori & argumento. l.62. §.1.D. de hered.instit.l.27.D.de reb.dubijs.l.30.D.de testamenta tut.l.3.§. si duobus. D. de adim. leg.l.15.§.cui.D.de injurijs.* Deniq; quia ferè amicissimos & nobis notos solemus

& heredes instituere & tutores dare & legatis ac fideicomm. honorare *argumento l. 36. D. de excusat.* Limitatio tamen hujus R. hæc erat ut incertæ personæ sub certa demonstratione aliquot hominum certorum rectè atque utiliter legari posset. V. G. Ei qui ex cognatis meis qui nunc sunt filiam meam uxorem duxerit: vel qui ad funus meum primus venerit, &c. heres meus centum dato ut h. & *Ulpian. d. t. 24.* Sic ei qui ex heredibus meis cæterisve amicis in testamento nominatis à Principe mihi relegato, restitutionem impetrarit, cæteri heredes mei aureos tot danto. *l. 5. D. de reb. dub.* Sic illis qui testamentum meum signaverint heres meus decem dato. *l. 14. D. eod.* Ratio hujus limitat. sive exceptionis erat: quia hic voluntas testatoris potest habere exitum & executioni mandari utpote quæ non amplius ita sit vaga: sed intra certos homines velut conclusa & restricta ex quibus tandem persona certificatur adjecta illa demonstratione. Quid ergo si quis heres à quo legatum incertæ personæ esset relictum illud solvisset per errorem cum non posset cogi: habebatne actionem ad repetendum illud sive condictionem indebiti. Resp. Non habebat ut h. quia tametsi Jure civili tale legatum esset indebitum: tamen J. naturali erat debitum propter voluntatem testatoris quæ introducit obligationem saltem naturalem etiamsi non fuerit solennis aut legitima. Est autem regula condictionem indebiti cessare in solutis iis quæ J. naturali debebantur, etiamsi J. civ. non deberentur neque peti possent: nam Indebitum est quod nullo jure debetur neque naturali neque civ. *l. 13. l. 62. & passim. D. de condict. indeb. l. pen. §. si quis Ius & § seq. D. de juris & fam. ignor.* Et hæc de jure antiquo quantum ad personas incertas. Hodie ex constit. Justiniani quæ quia græca erat perijt cum debuisset collocari *L. 6. C. t. 48. de incertis personis.* Etiam incertis personis legata & fideicom. & libertates dari possunt. Tutor tamen ne hodie quidem dari potest incertus ut *h. §. tutor. 2. & l. 20. D. de test. tut.* Ratio est favor & utilitas pupilli cujus plurimum interest certum habere tutorem ne forte maneat indefensus atque ita bona ejus dissipentur. Certo igitur judicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere & prospicere ut h. eleganter monet Imperator. II. De postumo alieno summa hæc est. Cum olim inutiliter ipsi legaretur utpote personæ incertæ; hodiè rectè atque utiliter ei legari. Sciendum est autem ut heres omnis vel suus est vel alienus seu extraneus ut *sup. d. ad t. hered. qual. & dif.* ita & postumum vel suum esse, vel alienum. Suus postumus est qui in utero est & qui cum natus fuerit testatori suus heres est futurus id est proximus in ejus potestate. *Ulp. t. 22. §. eos qui.* A contrario igitur postumus alienus est qui ubi natus fuerit non erit testatori suus heres *ut h.* Exemplum postumi alieni est in nepote concepto ex filio emancipato. Hic enim non est avo suus heres. Primò quia non nascitur in potestate Avi sed patris sui §. *pen vers. quod si post supr. quib. modis jus.* Deinde quia non est avo proximus heres. De suo postumo repetantur hic quæ dicta sunt *in §. 1. sup. de exh. lib.* Hic tantum igitur de alieno cui Imperator ait olim legari nō potuisse hodie posse. R. J. veteris erat: quia persona esset incerta cui ut modo dictum legari non poterat. J. novi ratio est: quia hodie etiam incertæ personæ legari potest.

Institutio

Institutio autem postumi alieni etiam olim erat utilis ut h. dicitur non quidem jure civ. aut ex 12. tab. sed I. prętorio nempe ut daretur ipsi bonorum poss. secundum tab. *§. 1. inst. de bono. poss. vide Duar. L. 2. disp. c. 35.* Excipitur postumus qui est in utero ejus quæ non potest nobis esse justa uxor. *l. 9. §. 1. D. de lib. & post.* Item peregrina & cum qua nobis non est connubium de quibus *d. ad t. de napt.* Tertio de eo in cujus nomine testator erravit. Imperator ait Errorem in nomine, prænomine, cognomine, vel agnomine non impedire quo minus legatum valeat, si modo constet de persona legatarij. Eadem regula etiam in heredis persona & bonorum possessoris observatur & in reipsa quæ legatur, & in rei vindicatione. In his inquam omnibus, si de persona vel corpore, vel re constet nihil facit error nominis *l. 4. C. de testam. l. 7. §. 1. C. de leg. l. 4. D. de leg. 1. l. 17. §. 1. D. de condit. & demonst. l. 8. §. sed & cum D. de bon. pos. secund. tab. l. 5. §. pen. D. de rei vind.* Ratio est: quia nomina significandorum hominum gratia reperta sunt *ut h. dicit. & l. 10. C. de ingen. manumissis* nam ut ait Minucius Felix in Octavio: Illis vocabulis opus est, cum per singulos proprijs appellationum insignibus multitudo dirimenda est. Quod totidem penè verbis repetijt Cyprianus de Idolorum vanitate: Illic vocabulis opus est, ubi proprijs appellationum insignibus multitudo dirimenda est.

Idem intelligite etiam de rebus. Si ergo significatio illa & denotatio vel hominum vel rerum alio modo fieri possit ut per demonstrationem corporis, vel artificij vel officij vel necessitudinis, vel affinitatis & cæterorum, cum demonstratio plerunque vice nominis fungatur; nihil curamus nomen *l. 6. D. de rebus cred. l. 34. in pr. D. de condit. & demonst. argumento l. 24. D. de manum. test.* Hominum enim nomina sunt mutabilia; cum rerum, id est, substantiæ seu essentiæ rerum sint immutabilia *ut ait Vlp. in l. 4. D. de leg. 1.* In quam sententiam eleganter Cujacius in notis ad Paulum *l. 3. sent. t. 6. §. supell. Vtile.* Rerum vocabula quæ sunt instrumenta docendi, & ad discernendam rerum essentiam comparata arbitrio nostro mutari non possunt. Hominum vocabula quæ arbitrio cujusque imponuntur ea certe etiam arbitrio cujusque mutari possunt: ut, quem dixi fundum Cornelianum: nunc si volo, Sempronianū dicam. hæc Cujacius. Quid quod etiam nomen cuique suum mutare licet dummodo id fiat sine dolo & fraude ut est in *t. C. de mutat. nominis.* Notandum est autem quod dixi Errorem in vocabulo nihil nocere si de re constet: nam error de ipso corpore si de eo non constet quēadmodum alibi, ita hic quoque maximè nocet *§. si de alia re inst. de inutil. stip.* Nam hic non constat de re ipsa vel de persona *d. l. 4. l. 9. D. de hered. instit.* Atque huc pertinet R. I. Nihil tam contrarium esse consensui quam errorem *l. 116. §. ult. D. de R. I.* Cum autem, ut jam dictum Demonstratio fungatur vice nominis: recte Imperator postquam de falso nomine dixit etiam de falsa demonstratione subjungit *§ huic proxima, & de falsa causa in §. longe magis.* Initio autem observanda sunt illa Iuris vocabula Demonstratio, Causa, Conditio, Modus quæ conjunguntur *in t. D. de condit. & demonst.* Ea quomodo differant ibidē explicari solet ut *& ad l. 44. D. de O. & A.* Ait ergo Imperator neq; falsam demonstrationem perimere legatum; neque falsæ causæ adjectionem quicquam ei nocere. Idem ait

ait *d. l. 17. & l. 33. cum seq. l. 40. §. 4. l. 72. §. falsam D. condi. & demon. l. 2. C. de falsa causa adjecta. l. 75. §. 1. D de leg. 1. l. 10. D. de auro & arg. leg.* Idemque de heredis institutione dicitur *in l. 48. §. ult. D. de hered. instit.* Et in genere de quavis re *l. 5. C. de I. & facti ignor.* Falsa demonstratione mutari substantia veritatis minime potest: falsa demonstratio est, si testator aliquid attribuat personæ aut rei quod ipsi revera non inest neque competit. V. G. Si servum appellet Vernam, id est, dominatum qui sit ab eo emptus: item si servum dicat emptum à Seio quem de Titio emit vel qui ipsi donatus est ut *h. & d. l. 17. D. de condit. & demonst.* Item si servum appellet cocum ut sutorem aut pistorem, qui non est *d. l. 17. §. 1.* si fratrem aut sororem aut nepotem vocet qui non est *d. l. 33.* Si dicat fundum Cornelianum quem mihi Vxor in dotem dedit *d. l. 40. §. 4. qui dotalem.* Falsa causa est. V. G. si testator dicat de aliquo quia is negotia mea gessit cum non gesserit: quia me capitis accusatum patrocinio suo liberavit *ut h. & d. l. 17. §. quod autem juris D. de condit. & demonst.* quia pro me Romam ivit, cum tamen id non fecerit, &c. Ratio horum omnium est quia ut eleganter inquit Papinianus ratio legandi legato non cohæret *l. 72. §. falsam D. de condit. & dem.* id est, legati vis ac natura separata est à modo legandi utpote quæ pendet ex voluntate testatoris, ac potest etiam sine demonstratione vel causa subsistere. Aliud est si conditio aut modus legato adscriptus sit: nisi enim hæc impleta fuerint legatum non debetur *ut h. & d. l. 17. §. pen. & ult.* Conditio suspendit legatum ut quodlibet aliud debitum: nam lagata sub conditione relicta non statim sed cum cōditio extiterit deberi incipiunt *l. 41. D. de cond. & demon.* nisi cōditio turpis aut impossibilis fuerit ascripta; hæc enim solet remitti *ut supr. d. ad t. de hered. instit.* Legata autem sub modo sunt quidem pura & statim debentur: sed legatarius non admittitur nisi præstita prius cautione *l. 80. D. de condit. & demon. l. 19. D. de leg. 3.*

Et quidem etiamsi heredis nihil intersit fieri quod jussum est: tantùm ut voluntas Testatoris impleatur.

Demonstratio & conditio in eo differunt quod illa plerunque ostendit rem factam vel jam inhærentem qualitatem rei vel personæ quæ designatur: conditio in futurum concipitur: nam ea demum vera est conditio non quæ in præteritum aut præsens quæ tantum habet figuram non autem vim & naturam conditionis *l. 34. §. 1. D. de condit. & demonst.* Conditio autem & modus ita differunt quod conditio fit per particulum SI. V. G. Titio centum do, lego si pro me Romam iverit, si negotia mea curaverit, gesserit, si vxorem duxerit. Titio fundum meum qui dignus est centum, do lego, si heredi meo centum dederit, si Consul factus fuerit: si in capitolium ascenderit *d. l. 17. §. pen. l. 29. & l. 31. D. de condit. & dem. l. 54. D de leg. 2.* Modus fit per particulam VT. V. G. Titio centum do, lego, ut monumentum mihi extruat, ut epulum civibus præbeat. *d. l. 17.* Differunt enim hæ duæ formulæ, Do lego, si monumentum fecerit: & ut monumentum faciat *d l. 80. D. de cond. & demon.* 4. De servo heredis an huic legari possit est §. an servo h. t. & distinguendum est inter legatum

gatum purum & conditionale. Pure namque servo heredis inutiliter legatur: sub conditione vero recte & utiliter, *ut h. & l. 14. D. de adim leg.* Sciendum est enim sicut heres tam pure quam sub conditione institui potest ut *supr. d. §. heres & pure, t. d. hered. institut.* Ita & legatum non solum pure: sed etiam sub conditione relinqui posse: imo etiam in diem, eumque vel certum, vel in certum *l. 1. D. de cond. & dem.* Ubi Pure legatum dicitur præsens ut & in *l. 12. §. ult. D. de leg. 1. l. unica C. de caduc. tol.* Res autem sub conditione legata interim est heredis *l. 12. §. ult. D. fam. ercis.* Ratio cur pure legari non possit servo heredis, est hæc: quia heredi ipsi à se ipso relinqueretur: sive idem simul & heres & legatarius esset creditor & debitor quod est absurdum & contra naturam ac R. I. *Vlp. t. 24. §. heredi d. l. 12. l. 18. l. 116. §. 1. D. de leg. 1. l. 17. D. quando dies leg.* Non possunt inquit Jurisconsultus in eiusdem persona & emolumentum legati & obligatio Juris, id est, hereditas concurrere. Quid ita Inquies? quia servus quicquid acquirit, Domino suo acquirit proindeque etiam hoc legatum argumento eorum quæ dicta sunt *in §. item vobis supr. per quas personas.* Quid si servus ab herede manumissus sit vivo testatore? ℞. ne tum quidem convalescet propter Reg. Catonianam qua cavetur ut legatum quod inutile esset, si statim facto testamento testator decessisset id non valeat quandocunque decesserit postea, ut & *supr. d. l. 1. D. de R. Caton.*

Hæc autem Regula quæ & sententia Catoniana dicitur *in l. 86. D. de condit. & demonst.* tantum pertinet ad legata pura sive præsentia: non etiam ad conditionalia *l. 4. D. de R. Caton.* Quare sub conditione servo heredis legari potest, non solum sub illa si liber erit: sed etiam quavis alia *ut h. & Vlp. d. t. 24. §. ei qui in potestate.* Hoc enim casu fieri potest ut servus eo tempore quo dies legati cedit sive tempore existentis conditionis non amplius sit in potestate heredis: sed vel manumissus vel alienatus ab eo: atque ita jam vel ipse sibi acquirat: vel novo Domino. Hic inquam non est idem heres & legatarius ut *supr.* sed sunt distinctæ personæ. Sin autem servus in eadem causa & potestate heredis manserit: legatum evanescit propter rationem superiorem. *s.* de Domino servi qui heres institutus est agitur *in §. ex diverso.* summa hæc est. Si servus instituatur heres posse legatum relinqui ipsius Domino non solum sub conditione ut præcedente casu: sed etiam pure *ut h.* Idem est si filius instituatur heres: nam ab eo quoque Patri recte legatur *l. 25. D. de leg. 1.* Hoc enim casu fieri potest ut legatum & hereditas non concurrant in eadem persona: sive hereditas separari potest à legato ut Imperator ait: Id fit duob. modis. Vel alienatione servi: vel manumissione facta ante jussum adeundi: nam si alienetur hereditatem acquirit novo Domino: sin manumittatur sibi ipsi. Vtroque aũt casu legatum Domino debetur. Eadem intelligenda sunt etiam de filio sui juris effecto. Quod si servus in eiusdem Domini: Vel filius in patris potestate maneat: eiusque jussu hereditatem adeat legatum evanescit: nam hic concurrunt in eadem persona emolumentum legati & obligatio Juris sive hereditas contra R. J. *in d. l. 17. D. quaodo dies leg. cum similib. supra adductis legib.*

Ad

Ad §. ante heredis.

Postremum caput hujus t. exponit quædam legata, quę olim quidem erant inutilia: hodie sunt utilia. Tria hujusmodi hic commemorantur. 1. Relicta ante institutionem heredis. 2. Post mortem. 3. Pœnæ nomine. His addendum est & 4. videlicet Legatum temporale ut ad triennium, ad decennium, &c. relictum: nam & hoc cum olim esse inutile: hodie valet *per l. ult. C. de leg.* 1. ergo olim inutile erat legatum ante heredis institutionem datum ut *h. & Ulp. t. 24. §. ante & t. 25. §. fideicomm. ssum. Paul. l. 3 sent. 6.* Ante heredis institutionem legari non potest. V.G. si testator. 1. dicat Titio propinquo meo Bibliothecam meam & quinquaginta aureos quos mihi debet ex mutuo, do, lego, ejusque fidei committo ut frati i suo Sempronio det viginti: Deinde postea dicet. Vxor mea heres esto dimidiæ partis bonorum meorum & insuper alterius semissis, cujus heredes sunto cognati mei proximi, usumfr. habeto. Ideoque semper veteres in testamentis ordinandis initium faciebant ab institutione heredum *argumento l. 1. D. de hered. instit.* Præposteratio autem sive inversio hujus ordinis non admittebatur. Adeò autem hoc verum erat ut ne libertas quidem dari posset antequam heres institutus esset: quamvis alioqui magnus libertatis favor ubique esset §. *ult. infr. de donat. l. 20. & l. 122. D. de R. I.* Ratio hujus I. vet. tam stricti erat: quia testamenta vim accipiunt ex institutione heredis tanquam à capite & fundamento totius testamẽti, *ut h. & Ulp. d. t. 24. l. 10. D. de I. codicil.* Fideicommissa verò etiam hac in re differebant à legatis quod ante heredis institutionem recte relinquebantur *teste eod. Ulp. in t. 25.* R. Diff. paulo post indicabitur: hodie vero ex constitutione Justiniani testatori licet etiam ante heredis institutionem & inter medias institutiones tam legatum relinquere quam servos manumittere *l. 24. cum l. seq. C. de testam. cujus l. summa hic refertur.* Ratio hujus novi juris est: quia magis attendi debet voluntas testatoris quam ordo scripturæ *ut h. & l. 77. §. fidei D. de leg.* 2. sic stipulatio quoque præpostere concepta olim inutilis erat: hodie valet ex ejusdem Justiniani constitutione §. *item si quis infr. de inutil. stipul.*

Ad §. post mortem.

Secundo inutile erat legatum post mortem vel heredis vel legatarij relictum. *Paul. l. 3. sentent. 6. §. 5.* Sed in tempus mortis etiam olim conferri legatum poterat: v. g. cum morietur do, lego. Ratio Juris veteris, cur inquam hoc legatum post mortem esset inutile, erat: quia actio non poterat olim incipere ab herede & contra heredem. Id autem hoc casu fieret. Cur in tempus mortis collatum valueret, ratio erat, quia articulis mortis vitæ connumeratur. Fideicommissa tamẽ post mortem relinqui poterant teste *Ulp. d. t. 25. & argũ. l. 5. & l. 6. D. de leg. 3. l. 114. §. 5. D. de leg* 1. Differentiæ ratio erat: quia fideicommissorum natura est benignior & humanior quam legatorum quæ est strictior & angustior utpote civilium, cum fideicommissa magis sint I. Gent. sicut quælibet observatio fidei *argumento l. 1. de pactis.* Hodie ergo cum & legata exæquata sint fideicommissis *ut supr. de init. t.* cumque illa ratio & R. I. sublata sit *per l. unicam C. ut act. ab hered.*

ab hered. Merito etiam ejus effectus & l. vetus cessat & proinde etiam post mortem utiliter legatur, sicut stipulatio quoque recte post mortem tam promissoris quam stipulatoris confertur quæ olim etiam non licebat propter eandem rationem §.*post. mortem &* §.*item post mortem infr. de inuti. stipul. l.* 11. *C. de contrah. stip.*

Ad §. *pœnæ quoque.*

Tertio inutile olim erat legatum pœnæ causa relictum ut *h. & ulp. d. t.* 24. §. *pœna*, quod Julius Capitolinus scribit constitutum esse à D. Pio. Ac ne fideicommissa quidem pœnæ causa relicta utilia erant *teste eod. Vlp. t.* 25. § *pœna*. Quid autem hoc sit pœnæ causa vel nomine relinquere seu legare docet ipse Impr. *ex Vlp. d. t.* 24. *V. G.* Heres meus nisi, vel si hoc aut illud fecerit, Titio centum dato, & quomodo differant pœna & conditio explicatur *in l. ult. D. de his quæ pœnæ causa relin.* Ratio erat: quia pœna adversatur naturæ legati & fideicommissi, quæ sicut omnis donatio, non ex odio aut pœna: sed ex amore & benevolentia proficiscuntur. Adeo autem inutilia erant pœnæ causa relicta. 1. Vt ne ipse quidem Imperator hujusmodi legata agnoscere vellet, quo pertinent *supr.* dicta *ad* §. *ult. quib. modis testa*: *infr.* 2. Ut ne quidem ex testamento militis valeret cujus tamen sola voluntas in testando dominari & spectari solet, non autem solennia & *R. l. ut supr. d. t.* 11. Ratio hujus productionis erat: quia quæ adversantur naturæ ea ne militibus quidem remissa sunt ut *supr. d.* 3. Ut ne libertates quidem quarum tamen magnus est alias favor pœnæ causa relictæ valerent. 4. Ut nec heres adijci sive coheres dari pœnæ causa posset; quibus addenda est 5. ampliatio *ex Vlp. d. t.* 25. Ut ne fideicommissa quidem quorum tamen pignior erat natura hoc pacto dari possent. Et hæc omnia intelligenda sunt de ijs legatis quæ meram & solam pœnam, utilitatem vero nullam continent. Nam illud sane etiam olim fieri poterat ut testator legato pœnam quandam apponeret quo magis videlicet hoc præstaret heres. V. G. Heres Titio dato penum, & ni dederit centum ei dato. Hoc inquam legatum & olim valebat, & hodie multo magis *l.* 1. §. *item si ita D. ad. l. falc. l.* 1. *D. de penu leg. l.* 24. *D. quando dies leg.* I. novo legata pœnæ nomine & dari possunt, & rursus adimi aut transferri *ut h. & l. unica C. de his quæ pœnæ nomine relinquuntur.* Cujus l. summa h. recitatur. Excipiuntur tamen ea quib. aliquid turpe aut impossibile aut à *ll.* prohibitum facere quis jubetur, Quænam autem sint conditiones turpes & impossibiles repetendum *est ex* §. *impossibilis supra de hered. instit.*

Hic illud notandum legata & institutionem heredis per conditionem turpem, &c. ipsis adiectam non vitiari: sed eam haberi pro non asscripta ut *supr. d.* Sed pœnæ causa relictam per turpitudinem illam & impossibilitatem vitiari. In fine t. ait Impr. Secta meorum temporum hoc non patitur, quo eodem modo aliàs quoque loquitur, *ut l. ult. C. de pactis* & plures formulas huic similes ex Impp. rescriptis collegit Juretus in notis epistolas Simachi.

AD TIT. XXI. DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

POsteaquam expositum est quomodo legata relinquantur & constituantur: proximum est videre quomodo extinguantur & intereant: sicut sup. tractatum de testam. ord. sequebatur tractatus de ijsdem infirmandis. Cum autem plures sint extinguendi legati modi quorum aliqui jam supra expositi sunt t. proximo, & reliqui ad finem hujus t. annotabuntur: hic tamen de duobus agitur, nempe de ademptione & translatione sive potius de unico: nam & translatio est tacita quædam ademptio ut si quis Titio prius legatum postea legaverit seu §. *ult. h. t. l. 5. D. eod.* Eadem vero omnia quæ hæc dicuntur de legatis intelligenda sunt etiam de fideicommissis quæ *in D. eod. t.* conjunguntur. De ademptione igitur legatorum sciendum est. 1. Eam fieri posse non solum eodem testamento, sed etiam in codicillis *ut h. in pr. & l. 3. cum Titio D. eod. l. 7. C. de leg. l. 2. §. 1. D. de condic. indeb.* R. Dub. cur inquam legatum semel datum adimi non posse videatur est hæc: quia id quod nostrum est non potest sine facto nostro ad alios transferri. Et nemini suum jus invito auferendum est *l. 11. D. de R. I.* Sed dicendum est Legatum nondum hic factum esse legatarij neque ullum jus vivo testatore ipsi quæsitum, cum testamentum omniaque in eo comprehensa morte demum testatoris confirmentur ut supra d. ad definitionem testamenti. Præterea in testamentis suprema voluntas potior habetur *l. 4. & 6. D. h. t.* At nemo potest eam legem sibi dicere ut à priore voluntate non liceat ipsi recedere *l. 22. D. de leg. 3.*

Sed inter ademptionem in codicillis factam, & factam in testamento hoc interest quod per hanc ipso jure liberatur heres: per illum opposita exceptione doli si legatarius petat ademptum *l. 14. D. de leg. 1.* & ibi Bartolus. Quæritur an & hereditas in eodem testamento & codicillis adimi possit? Et de codicillis quidem certum est ijs hereditatem nec dari, nec adimi posse *ut infr. d. ad §. codicillis t. de codicil. l. 4. C. de his quibus ut indig.* De eodem testamento dubitari potest propt. *l. 44. D. de hered. instit. & l. 41. §. ejus D. de leg. 3. & l. 27. D. ad l. falcid.* Ubi videntur exempla extare hereditatis ademptæ.

Sed recte Hotom. hic enunc. 1. Respondet non tam ademptam: quam non datam ibi esse hereditatem, ut quæ sub conditione sit data quæ non est impleta. Ergo hereditas eodé testamento adimi nequit, omnia enim de integro facienda sunt *l. 21. §. 1. D. de hered. instit.* 2. Sciendum legata vel in totum vel pro parte tantum adimi posse *l. 2. D. h. t.* nisi forte res sit individua *l. 1. D. eod.* 3. Notandum id demum posse adimi quod datum est *l. 3. §. si loci & §. seq. D. h. t.* Quanquam si plus fuerit ademptum quam erat datum, etiam valet ademptio *d. l. 3. §. si quis plus.* nam in majore summa etiam minor continetur *l. 1. §. si stipulanti D. de V. O. argument. §. præterea infr. de inut. stipul. & §. is qui exequitur. infr. de mandato.* Quod si homine legato adimatur Stichus, non adimitur legatum, sed minuitur: ita ut Stichus non possit peti, sed alius in genere *l. 11. D. h. t.* 4. Sciendum eidem cui datum

datum est legatum & nulli alij adimi posse *l. 21. D. h. t.* 5. De forma ademptionis observandum eam quibuslibet verbis fieri posse tam contrarijs dationi, ut Non do, non lego, &c. quam non contrarijs ut h. Item posse id quod pure legatum erat adimi sub conditione *l. 10. & l. 14. D. h. t.* 6. Ademptio aut est expressa, de qua potissimum hic agitur: vel est tacita. Tacita autem colligitur ex aliquo testatoris facto quod voluntatis mutationem arguat, ut si nulla cogente necessitate rem legatam postea vendat aut alteri donet *ut supr. d. t. præced.* ne quidem si postea extiterint inter testatorem & legatarium *l. 3. §. ult. & l. 22. D. h. t.* nisi iterum in gratiam redierit: tunc enim legatum redintegratur *l. 4. D d. t.* Item si testator postrema scriptura adjecerit pessimum esse libertum suum cui prius aliquid legaverat: videtur enim tacite ademisse quæ priore scriptura ei reliquerat *l. 13. D. h. t*

Item si testator legatum induxerit : aut si priorem scripturam posteriore correxerit, commutarit, resciderit *l. 16. & seq. D. h. t.* Ad h. tacitam ademptionem ut dixi nonnunquam etiam translatio pertinet de qua est altera pars *h. t. in §. transferri & l. 5. & 6. D. eod. t.* Ubi 4 modi exponuntur quibus translatio fit quos ibi legere licet. Adeo autem adimitur legatum priori legatario : facta translatione in aliam personam, ut etiamsi in eum translatum sit, cum quo non est testamenti factio : tamen non debeatur illi cui ademptum est *l. 21. & 34. D. h. t.* Si tamen quod uni purè legatum erat alteri sub conditione legetur: non statim recessum videtur à primo, sed tum demum quando extiterit conditio, nisi heres probaverit testatorem fuisse hoc animo ut priori indistincte ademptum voluerit legatum *l 7. D. h. t.* Porro ademptionis hic est effectus ut legatum penes heredem maneat, à quo erat relictum & præstandum. Translationis vero, ut pertineat ad eum ad quem translatum est.

Unde apparet illam prodesse heredi, hanc non prodesse. Quid enim interest heredis huic an illi præstet rem qua ipsi carendum est. Deinde legata adempta si per errorem solvantur qui postea prolatis codicillis vel alio testamento adéptionem complectente appareat, repeti possunt per conditioné indebiti *l. 2. §. 1. D. de condic. indeb. Paul. l. 3. sent. t. 6. §. ult.* Et hæc sufficiant de modis extinguendi legati qui in textu h. afferuntur. Sunt autem ut supra dicebam alij quoq; ut Interitus rei de quo *sup. t. prox. in §. si res leg. d. est.* Cæteri pleriq; communes sunt legato cum hereditate, alijsq; in testamento scriptis capitib. de quib. vide q *d supr. t. quib. mod. test. infir.* Nam sicut hereditas amittitur repudiatione: ita & legatum, quod tunc manet heredis quasi nunquá fuisset legatum *l. 36. D. ad l. Aquil.* sed hoc intelligendum est de ea repudiatione quę facta est postquá competijt legatú non ante: qua de re vide quæ *sup. d. ad finem t. de hered. qual.* Repudiandú est aút totum legatú sicut & tota hereditas: ná repudiatione partis & agnitione alterius partis nihil agitur *l. 38. D. de leg. 1. l. 4. & l. 58. D. de leg. 2. Paulus l. 3. t. 6. §. ejus rei l. 1. & 2. D. de acquir. hered.* Ingratus enim & judicio testatoris indignus esse videtur qui partem voluntatis ejus non vult implere vel observare. Sic si is cui sub conditione vel in diem legatum est decesserit ante ejus eventum , intercidit

legatum, nec ad heredes transmittitur *l. 59. D. de condit. & demonst. l. unica §. fin. autem C. de caduc. toll.*

DE LEGE FALCIDIA AD TIT. XXII.

HOc t. explicatur de modo seu quantitate legatorum videlicet quantum legari possit: & si heres supra legitimam summam & quantitatem exhausta hereditate oneratus sit, quantum legatis detrahatur. Pertinet igitur h. t. ad diminutionem legatorum, recteque subijcitur priori: in quo de legatis plane extinguendis dicebatur. Sunt autem quatuor ejus partes quarum in prima exponitur sententia & finis *h. l.* falcidiæ: eaque confertur cum alijs duabus similibus. *ll.* nempe Furia & Voconia. *2.* qui possint detrahere falcidiam. *3.* quodnam tempus in ratione quartæ ineunda spectari debeat. *4.* De quibusnam rebus detrahatur vel non detrahatur. Quibus quiuto loco adjungam quibus casibus falc. cesset.

De primo, sententia l. falcidiæ est quod per eam modus certus impositus est legatis, quibus olim ex *l. 12. tab.* totam hereditatem exhaurire & exinanire licebat. Lex illa 12. tab. & h. refertur *l. 53. & in l. 120. D. de V. S.* Hæc nimia legandi licentia qua non minus nocebat testatori quam hæredi, cum sæpe fieret ut deserto testamento intestatus quis moreretur, certo quodammodo tanquam freno coercita est. Modus hic est ut ultra dodrantem legare non liceat; sed quadrans relinquatur heredi integer & illibatus: quod si non sit factum ut tunc jus sit heredi tantum detrahere de singulis quantum satis sit ad complendam quartam. Ipso enim jure legata minuuntur pro rata portione per *l. falc. l. 75. §. ult. D. eod.* Erant quidem etiam ante h. legem aliæ 2. *ll. latæ, ut l.* Furia testamentaria à Cajo Furio tribuno plebis quæ vetabat: ne quis civis Romanus ultra mille asses legaret, aut mortis causa donaret: & jubebatur is qui plus accepisset nomine legati quadruplum restituere, exceptis quibusdam cognatis. Meminit ejus *Vlp. t. 1. & t. 28. Cic. pro Balbo & in Verrinis.* Erat & l. Voconia à Q. Voconio Saxa trib. plebis lata, qua cavebatur, ne cui plus quam heredi relinquere liceret, *test. Theoph. h. & Cic. in 3. Verr.* eamque rogationem suasit Cato Maior *teste Cic. in Cat. maiore & pro Balbo.* De alijs capitib. istius legis, (fuerunt enim plura) *vide Hotom. & alios qui de ll. Romanis scripserunt.* Item *Paulum lib. 4. Sentent. t. 8. §. fæminæ ibidemque Cujacium, & hic in notis* quem apud Paulum d. loco restituere conantem, Voconia rogatione, pro Voconiana ratione, tectè repræhendit P. Peccius *lib. 1. cap. 1. De testam. coniug. nu. 2.*

Sed quia hæ *ll.* nondum sufficiebant ad consummationem rei: tandem accessit l. falcidia quæ Imperatore Augusto lata est à Publio Falcidio tribuno pleb. *teste Dione l. 48. & Euseb. in Chronicis. item Isidoro l. 5. ety. cap. 15.* quem transscripsit Gratianus *in cap. 6. distinct. 2.* Est igitur l. falcid. plebiscitum

scitum sicut & legem Voconiam Gellius rectè appellat plebiscitum Voconium *l.20.c.1.* Habuit autem duo capita: Verba utriusque referuntur in *l.1.D.h.t.* Ratio seu finis hujus l. sive plebiscit est favor & utilitas testatoris ut scilicet eorum suprema voluntas & testamentum non destituatur atque ita intestati moriātur sicut olim fiebat, dum heredes metu æris alieni & nullius commodi spe recusabant adire hereditatem, sed ut firmum maneat testamentum ut h. in verbis idq; ipsorum: nam interest defunctorum ut habeant successores *l. 6. D. de inter. in l. faciendis.* Cur ita? quia in testamentum heres eligitur quem testator maxime vult. Ab intestato v. lex dat heredem & fortasse eum ad quem bona sua pervenire non vult defunctus. Nec obstat *l.71.D.h.t.* quæ ait, L. Falcidiam, heredis causa latam esse: ideoque eum jus suum diminuere posse argumento *l. pen. C. de pactis.* Non enim ibi negatur etiam testatoris gratia latam esse, potest enim utriusque causa & testatoris & heredis esse lata. Alterius quidem primario: alterius vero secundario & per consequentias argumento *l.pen.C.h.t.* in verbis & viventibus & morientibus providemus. Non licet igitur plus legare quam dodrantem totorum bonorum vel patrimonij ut h. sive ut est in verbis ipsius legis, ita dandum est legatum, ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant. *d.l.1. D. h. t.* Et quidem convenientius est verbum hereditatis quam bonorum vel patrimonij ut intelligamus J. hereditario quartam detrahi ut ait *l.74. D. h. t.* & proinde nihil in eam imputandum, nisi quod ex judicio defuncti heres nactus sit vide & *l.91.D.h.t.* Habet autem Lex Falcidia locum etiam in legatis Principi relictis: ut est in *l.4.C.h.t.* & in prælegatis quæ relicta sunt coheredibus *l.17 C.h.t.* Porrò quanquam in lege tantum sit mentio legatorum: tamen illa etiam ad alia quædam, quæ legatis similia sunt, porrecta est. V. G. ad donationes causa mortis, idque ex constit. D. Severi *l.66.§.1.D.h.t.l.5.& l.in donationib.C. eod.l.2.C.de donat.causa mortis*, item ad mortis causa capiones, si nimirum heres sub h. conditione institutus sit, si tantum det alteri quod excedat dodrantem. *l. pen.C.h.t.l.93.D.eod. Azo in summa.C.h.t.n.4.* nec obstat *l.74.D.h.t.cum l.seq.* Ubi quod mortis causa capitur negatur imputari in falcidiam. Diversa enim hæc sunt aliquid imputari vel non imputari heredem in falcidiam, & falcidiam detrahi vel non detrahi de aliqua re. De posteriore hîc agitur, de priore in *dd.ll.* Prçterea producta est L. Falcidia ad fideicommissa singularia *l.2.& l.3.C.h.t.* Item ad donationes quasdam inter vivos quæ non nisi morte confirmantur, ideoque dicuntur fungi fideicommissi partibus qualis est donatio inter conjuges, inter patrem & filium qui est in potestate *l.12.C.h.t.* Secundo detrahere possunt quartam ex l. falcidia tam unus heres quam plures, & si plures sint coheredes in singulis heredibus ratio l. falc. ponēda est, etiamsi unus ex illis salvam habeat quartam *§.& cum quæsitum in fine h.t.& l.77. D. eod.* Hoc est singuli heredes pro rata sive pro sua quisque parte quartam detrahere possunt: nam l. falc. heredum causa lata est *l.71.D.h.t.* R. Dub. est quia hîc satisfactum videtur l. falc. dum 4. pars uni est salva non onerata neque exhausta legatis. R. Dec. est, quia l. falc. voluit omnibus ac singulis heredibus non uni tantum prospectum & quartam omnibus esse salvam. Exempla hic vid. in textu & *d.l.77.*

Ad §. Quantitas.

Dictum est quartam hereditatis sive bonorum sive patrimonij heredi salvã esse oportere, quod nisi sit posse illum hanc detrahere legatis supra dodrantem relictis. Constare igitur debet quantum testator in bonis reliquerit: nam aliter sciri non potest, quæ sit quarta pars. Sed quia hereditas recipit augmentum & diminutionem intra tempus mortis & aditionis, quæritur hic quodnam tempus in ea spectetur quoad supputationem quartæ? & respondet Imperator *ex l.73. D. h.t.* Spectandum esse tempus mortis, non autem aditæ hereditatis: atque hæc est tertia pars h.t. Quare si quid accedat hereditati post mortem, id heredis lucro cedit, non autem legatarij, Et contra, si quid decedat modo sine culpa legatarij id ejusdem heredis periculo est: legatario autem non nocet, ut *h. & l.30. D.d.t.* Exempla ibidem videantur. Ratio est: Primò, quia statim à morte testatoris incipit esse hereditas cujus mentio fit in L. Falc. *d.l.1. D.h.t.* Deinde quia tunc statim cedit dies legatorum, de quibus detrahẽda est quarta. Dices hoc durum, iniquũ, atque damnosum esse heredi. Resp. Imperator. Imò non est: Nam heredi liberum est, non adire hereditatem, sed repudiare si heres est extraneus, vel si est suus & necessarius, abstinendi facultas ipsi datur, secundum ea, quæ supra dicta sunt ad *t. de hered. qual.* Non potest cogi heres ad adeundum à legatarijs & fideicommissariis singularibus quamvis à fideicom. universalibus cogi possit ut exponam *ad. §. ergo si quidem inf. t. prox.* Ratio differentiæ est: quia fideicommissarius univers. est loco heredis, & hereditate sibi restituta, succedit in omnia onera hereditaria *§. restituta inf. t. prox.* Secus est in legatarijs & fideicom. particularibus qui tantum ex tit. lucrativo rem consequuntur sine onere ut *sup. d. ad §. legatarijs de testam. ord.* Sibi ergo imputet heres, quod adierit atque ita se obligarit legatariis ad solvenda legata, cum potuerit non adire: sed testamentum destituere ac deserere, quo facto omnia in eo scripta atque ita etiam legata evanescerent *l.9. D. de testam. tut. l.14. C. de fideicom.* ut & sup. dict. *ad t. quib. mod. testam. infir.* Hoc autem ne faciat heres consultum est legatariis, ut cum ipso transigant, remissa aliqua parte de legatis suis, *ut h in fine §. & d.l.73.*

Ad §. Cum autem.

Quarta & ultima t. pars exponit quibus nam de rebus non detrahatur falcidia, sive quæ sint res prius detrahendæ quam ratio falcidiæ ponatur: hujusmodi res hic commemorantur 4. quibus alias duas addemus. Primò, Igitur detrahitur ante falcidiam quicquid est extra quantitatem bonorum ut h. in fine. V.G. Si is qui tantum 200. in bonis habet, leget 400. Hic primò removenda sunt 200. deinde de reliquis ducentis heres quartam detrahit id est, 50. & legatarij habebunt centum quinquaginta. Secundò, Detrahitur omne æs alienum etiam id quod ipsis heredibus tempore mortis debebatur à defuncto. *l.87. §. Si quis heredem D.h.t. l.6. & l.8 C. eod.* neq; enim hic fit confusio obligationis per aditionem *l. ult. §. in computatione. vers. si verò. C. de I. delib.* Non enim intelliguntur bona nisi deducto ære alieno *l. subsignatum 39. §. bona. D. de V.S.* Si ergo æs alienum hereditarium

ditarium totius substantiæ defuncti fines occuparit, id est, si tota hereditas ære alieno exhausta sit legatariis, nihil omnino debetur *l.16.C.h.t.* Ratio est: quia legatarij certant sive soliciti sunt de lucro captando: sed creditores de damno vitando. In toto autem jure hi illis præferuntur. Interdum tamen æs alienum non deducitur, ut primò. Si heres Inventarium non confecerit secundum formam sup. traditam *ad t. de hered. qual. Schneidevv. h. n.4.* Secundò, Si debitor creditorem instituat heredem eumque roget ne creditum suum in ratione legis falcid. ponenda legatariis imputaret: nam heres iste si æs alienum prius deducere velit exceptione doli removebitur tãquam qui contra expressam voluntatem defuncti venire velit. *l.12.D.h.t.* Tertiò, Prius deducitur funeris impensa quæ etiam omne creditum præcedere solet ut *h.& l.1.§.ult.l.2.D.h.t.d.l.ult.§.in computatione.C.de jure delib.l.pen D.de religiosis.* Diversa causa est ejus quod in monumenti extructionem erogatum est. Hi enim sumptus non sunt ita necessarij ut quæ in funus impenduntur *d.l.1.in fine.* Quartò, Detrahuntur precia servorum manumissorum *l.36.& l.39.D.h.t.* Quintò, Deducitur quicquid heres erogavit in testamenti insinuationem: Item in confectionem Inventarij aliasque necessarias causas hereditatis *d.l.ult.C.de I.delib.* Sextò, Etiam id deducitur quicquid impẽsum explicandarum venditionum causa *l.quantitas 72.D.h.t.* Quanquam hoc ut & præcedentia nonnulla etiam ad æs alienum referri possint. His ita prius deductis quod reliquum est in eo ratio l.falc. ponenda est, ut totum hoc in 4. partes dividatur quarum una apud heredem maneat ipso jure & tres partes pertineant ad legatarios pro rata portione ejus scilicet quod cuiq; eorum relictum est *l.73.§.ult D.h.t.* Ubi & exempla afferuntur. Quemadmodum autem in hereditatis divisione adhiberi solet arbiter: ita etiam in h.cõputatione quartæ falcidianæ fieri solere docet nos *l.12.D.h.t.* Plerunq; etiam Logistæ adhibentur. Nam cum plures sunt legatarij & bona multiplicia, sæpe ita difficilis est cõputatio ut sine numerandi artifice expediri nequeat. Nũc postremo casus aliquot annotemus quibus falcidia cesset, ubi hoc prius admonuero si dubitetur an l.falc. locum habeat nec ne, probationẽ etiam heredis in qua si succumbat eum condemnari ut solida præstet legata *l.17.D.de probat.* Casus autem quibus cessat l.falc. fere decem constitui possunt. Primò, In testamento militis intra annum missionis *l.7. C. h.t.l.17. & l.92.D.eod.t.l.12.C.de testam.mil.l.1.§.deniq;.D.ad SCtum.Trebell.* In testamento autem veterani locum habet falcidia. *l.40.in pr.D.h.t.* neq; hoc mutavit Justinianus *in nov.1.§.quia.v.ut vulgo putant de quo ibi vide gloß. in verbo militari.* Ratio est favor & privilegium militare de quo satis d. *ad t.de mil.testa.* Secundo, L.falc. cessat in dote relegata: item in re mulieris causa à marito comparata. *l.57. & l.81. §.dos.D.h.t.l.2.vers.hoc amplius.D.de dote releg.* Quanquam in commodo repræsentationis locum habet l falc. *d.l.2.vers. ita demum.* Idemque juris est etiam in quovis alio Creditore cui debitor suus id quod debet legaverit *l.1.§.si quis creditori. D.h.t.* Repetantur ea quæ d. *ad t.de leg.* Ratio cur hic cesset falcidia est: quia & uxor & alij Creditores suum recipere videntur, quo etiam referri potest legatum instrumentorum prædij quod Domino ejusdem prædij relinquitur. *l.15.C.h.t.*

Tertiò,

Tertiò, Si heres hoc egerit ut legatum interciderit si ex hereditate rem amoverit vel subtraxerit, vel hereditariam esse inficiatus fuerit *l. 59. & l. 68. §. ult. D. h. t. l. 6. D. de his quæ ut indig. Castrens. ad l. hereditatum. § ult. D. h. tit. Ias. ad l. 1. n. 11. C de transact.* Ratio manifesta est quia delicto suo heres indignum se reddidit hoc beneficio.

Quartò, Cessat in herede qui tacitam fidem accommodavit testatori ut aliquid restitueret in capaci: Sed h. casu detrahitur quidem quarta, verum aufertur heredi, & fisco applicatur. *l. 13. & l. 59. D. h. t.*

Quintò Si heres nullum fecerit Inventarium *auth. sed cum testator. C. h. t. nov. 1. l. scimus. C. de I. delib.*

Sextò, Si testator precia legaverit ad servos redimendos & manumittendos, vel si servos ipsos h. conditione legaverit ut manumitterentur. *l. 33. & l. 36. §. 1. D. h. t.* Nam falcidia non minuit libertates *l. 8. §. sed an & libertatis. D. de inoff. testamento.*

Septimò, Cessat si heres post mortem testatoris promiserit se non usurum. l. falc. *l. 46. & l. ult. D. h. t. l. 20. D. de donat.* Dixi post mortem: nam vivo testatore ita pacisci non licet, ne de hereditate viventis improbe aliquis sollicitus esse videatur contra ea *quæ sup. dict. ad definitionem testamenti t. 10.*

Octavò, Si testator prohibuerit ne heres falcidia uteretur, sive expresse sive tacitè prohibuerit nimirum jubendo integra & illibata præstari legata. Item prohibendo ne res relicta alienetur ab eo cui relicta est, *auth. sed cum testator & auth. sed & in e. a. C h. t. nov. 1. & 118.* Olim testator non poterat prohibere falcidiã ac ne quidem minuere. *l. 11. & l. pen. C. h. t. l. 15. §. 1: & ult. D. eod.* Ratio erat: quia nemo prohibere potest quo minus leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. D. de leg 1. l. 12. testandi. C. de testamentis* Ratio I. novissimi est favor vltimarum voluntatum. Sic Trebellianicam quoque putant hodie testatorem prohibere posse argumento. *l. quoniam in priorib. C. de inoff. testamento.* Sed de h. quæst. *vide Gail. L. 2. obs. 138. & Antonium Gabrielium L. 4. communium conclu. t. ad Trebellianum conclus. 1.*

Nonò, Si heres uni ex legatariis solverit legatum integrum, cogitur hodie etiam cęteris solvere non detracta quarta quod est ex I. novissimo *nov. 1.* Nam olim secus erat. argumento *l. 15. §. 2. D. h. t.*

Decimò, Cessat falcidia in legato ad pias causas. Sic enim habet vulgaris opinio nixa *auth. similiter. C. h. t.* Item per *l. si quis ad declinandam. C. de episc. & cler.* 3. Per *nov. 131. c. si quis in nomine & maxime in c. si. a. heres.* Unde sumpta est d. auth. similiter. 4. Per *l. 5. §. 12. D. de donat. inter vir. & uxor.* Ubi quemadmodum cessat prohibitio donationis inter conjuges, si quid Diis donatum sit: ita etiam videntur legata integra præstanda nec attendenda prohibitio propter cultum divinum & ita argumentatur Cujacius apud Paulum *l. 3. sent. t. 3.* 5. Afferunt textum ejusdem Pauli d. loco ubi dicitur. Dona Deorum deducenda esse sicut æs alienum. Quare ut in ære alieno non est locus falcidiæ, sed antea illud detrahitur, ut sup. dict. Ita neque in Deorum donis ea lex locum habere potest: neque huic sententiæ obstare volunt. *l. 1. §. 5. D. h. t.* nam Duarenus quidem putat eam

eam *l. abrogari per d. nov. 131.* vel etiam per *d. l. si quis. C. de Episc. & Cler.* Cujacius autem apud Paulum d. loco addit negationem & ita legit *in d. l. 1.* Non etiam ad ea quæ Deo relinquuntur. Giphan. distinguebat inter moram seu frustrationem heredis intervenientem & non intervenientem. Si enim heres sit frustrator & morator vult eum perdere deductionem. Sin autem sine mora hæc legata præstare paratus sit, posse eum de his detrahere quartam. Postremo notandum est legata supra dodrantem ab herede per errorem juris soluta, non repeti per cōdictionem indebiti *l. 1. & l. 9. l. ult. C. h. t. l. 10. C. de juris & fam. ignor.* Illud etiam observandum cautionem si cui plus quam per l. fal. licuerit rem solere interponi quādo juste dubitari potest utrum l. fal. locum habitura sit nec ne: per h. cautionem legatarius promittit se si postea apparuerit eum plus accepisse tantam pecuniam daturum quanti ea res est, dolumque malum à se ab futurum qua de re vide *l. 1. & t. D si cui plus quam per l. falc.*

AD TIT. XXIII. DE FIDEICOMMISSARIIS hereditatibus & ad SCtum Trebellianum.

TRactatum de legatis in quo huc usque versati sumus: sequitur tractatus de fideicommissis propter similitudinem quæ inter hæc est, de qua *sup. d. ad t. de leg.* Cum autem fideicommissum sit duplex universale seu generale, quod hic appellatur hereditas fideicommissaria: vulgo etiam restitutio, item substitutio precaria vel obliqua vel fideicommissaria; & speciale ut appellatur in *l. ult. C. ad Trebell.* seu singulare ut *in t. seq.* De priore quidem prius hic agitur ratione dignitatis qua universalia præpollēt particularibus quanquam etiam hic obiter quædam attinguntur de posteriore genere sicut sunt quædam utriusque speciei communia. Etsi autem multa sub h. t. de SCto Trebel. sicut etiam de Pegasiano afferuntur: tamen illa verba & ad SCtum. Trebell. abesse debent ab inscriptione, ut quæ à libris veterib. absunt: conferte *Ulp. t. 25. Cajum L 2. l. 7.* Quod ad originem & usum atq; etymen fideicommissi attinet exponitur hic prolixe & à Theophilo in paraphrasi. Vide ēt *init. t. de codicill.* 1. Summa hæc est, fideicommissa moribus recepta esse, & quidē ita, ut initio valde infirma essent, Pendebant enim ex fide & pudore ac volūtate heredis cujus fidei testator commiserat ut alteri aliquid restitueret, ex h. fide tàm nomen quam substantiam accipiebant ut dicitur *in §. ult. h. t.* Nam si fideicom. heres non vellet ultro agnoscere h. fidem & restituere atq; præstare quod rogatus erat, nulla actione fideicōmissum olim peti poterat. Unde & Seneca *L. 1. de tranquil. vitæ c. 11.* Sapiens inquit tam diligenter omnia faciet: tam circumspecte quā religiosus homo sanctusq; solet tueri fideicommissa. Et hoc est quod Imperator ait fideicommissa nullo vinculo juris cōtinebantur & Ulp. non ex rigore juris civilis proficiscuntur *d. t. 25.* Legata v. utpote civilia ex 12. tab. debebantur & peti poterant. Deinde fideicommissa potissimum erant introducta propter eos, quibus cum testamenti factio non erat, ut h. in verbis, quibus enim non poterat. Sed hodie utrumq; est mutatum: nam & necessario præstanda sunt fideicommissa non minus quam legata, ac de illis pro-

 prius

prius quidam Prætor cognoscebat, qui fideicommissarius dicebatur: neque amplius relinqui possunt, nisi his quib. & hereditas & legatum, id est, ijs cum quib. testamenti factio est, sive qui capaces sunt *l.7.§.1.D.de leg.3.Vlp.t.25.* Initio quidé extra ordinem Magistratus cognoscebant de fideicommissis: sed deinde in ordinariam jurisdictioné res conversa est, ut, Claudius Imper. duos constituerit Prætores fideicommissarios, teste Pomponio *l.2.§.deinde Divus & Suetonius.* Tandé v. Trajanus Imper. unum detraxit, ut ita unus remanserit Prætor fideicommissarius de quo & *Vlp.d.t.25.* ejusque fit mentio etiam in *l.2.C.qui potiores in pig.*

Ad §. Inprimis.

Agitur hic de forma & modo relinquendi fideicommissum: sed præmonendũ est fideicommissum aut in testamento relinqui, etiã sine scriptura *l.5.C.ad Trebell.* Aut ab intestato, quo pertinent etiam codicilli testamento non confirmat : item epistola fideicommissaria quæ appellatur. Si in testamento relinquatur nõ aliter utile est, quam si heres in testamento sit institutus etsi alijs partibus testamentũ fuerit absolutum: nã testamentũ sine institutione heredis quæ est caput & fundamentũ totius testamenti, est inutile ut *h.& dictum est. in §. ante heredis sup. de leg.* Sic & sup.d. non consistere pupillarem substitutioné nisi Pater (qui vult substituere pupillariter) etiã sibi testamentum fecerit & heredem scripserit *§.liberis.a. sup.de pupil. subst.* Ait Imper recto jure, i.e. directo sive verbis civilibus & imperativis non a. obliquis seu precariis de quib. *inf.t prox.§.ult.* Exemplum a. fideicõmissi relicti in textu h. exponitur. Sed sciendũ est fideicõmissum quibuslibet verbis facile relinqui posse: cũ in iis sola voluntas testatoris spectetur & dominetur. *l.11.§.si quis ita.D.de leg.3* Imò etiã sine ullis verbis solo nutu fideicõmissa relinqui possunt. *l.etiam nutu.D.de leg.2.* Porrò vel tota hereditas per fideicõmissum relinqui potest, vel ejus pars aliqua. v.g. uncia, semis, triens, bes *ut h.vers.potest.a.& §.sed quia heredes.& §.nihil.a.interest.inf.h.t.* Sed hoc potius pertinet ad locum de reb. quę per fideicommissum relinquantur, quã ad formam. Potest etiã una aliqua res relinqui: sed hoc est fideicom. singulare *de quo inf..ad §.prox.* Porrò ad formam fideicommissi illud quoq; pertinet quod vel pure vel sub conditione vel ex certo die relinqui potest *l.1.§.sed & quoties.D.ad Trebell.* Idq; cõmune est fideicõmissis cum legatis & cum institutione heredis, eo duntaxat excepto quod heres ex certo tempore aut ad certum tempus non potest institui *§. heres & pure sup de hered.instit.* Ratio differentiæ est: quia in heredis institutione facta ex certo die, vel ad certũ tempus fieret ut quis pro parte esset testatus pro parte intestatus contra R.I. *in l.7.D.de R.I.* In fideicommissario.a. hoc non est metuendum: nã is non est heres, sed heredis loco, quæ duo differunt ut mox dicam. Est a. in J. creberrima illa conditio fideicommissis opponi solita : si heres sine liberis decesserit *l.17.§.si quis rogatus.D.ad Trebel.* de qua explicant DD. *ad l.30.C.de fideicom.*

Ad §. Restituta. & §. seq.

Effectus hereditatis ex fideicommisso restitutæ est hic, ut Is quidem qui restituit non desinat esse heres ut *h.& l.88. D. de hered.instit. l.7.§.sed quod Papinianus.D.de minorib.& alijs locis.* Ratio est: quia hereditas quod est juris vocabulum sicut lege & certo jure datur: ita per eadem etiam adimitur : non a. per voluntaté

testa-

testatoris, vel restitutionem heredis quæ sunt facti *argum. l. nihil tam naturale. D. de R. I.* Is a. cui hereditas est restituta interdum est loco heredis, nonnunquam v. legatarij. Dixi eũ esse heredis loco, id est, qui heres est ut mox dicitur *in §. & Neronis h. t.* & ut ait *l. 5. §. 1. D. quod cum eo qui in aliena potest.* Is cui restituta est hereditas effectu quodãmodo est heres, verè ac propriè heres non efficitur, tum quia non possunt duo ejusdem rei esse heredes in solidũ *arg. l. 5. D. cõmodati.* Heredem n. esse est Dominũ esse alicujus rei *§. ult. sup. de hered. qual.* Tum quia Magistratus seu Prætor ex cujus auctoritate fideicõmissa pendent, & qui sæpe cogit heredem adire & hereditatem restituere non potest facere heredem: quia heres & hereditas per J. civile constituuntur *§. 1. vers. quos. a solus. inf. de bon. poss.* sicut neque Dominum facere potest Prætor *§. sed iste vers. namq. inf. de act.* Quare cũ verus heres etiam post restitutionem alteri factam à se, nihilominus maneat heres: & cum fideicommissarius cui hereditas restituta est tantum habeatur loco heredis, & sit q. heres seu quodammodo heres ut modo. d. Consequens est ut actiones hereditariæ tam activæ quam passivæ ut loquuntur, i. e. quæ tã heredi quã in heredem competunt directæ quidem maneant penes heredem: utiles v. tantum in fideicommissarium transeant, quod cautum est SCto illo celeberrimo Trebell. Si heres conveniatur à Creditorib. hereditarijs non ipso jure liberatur: sed exceptione tantum tutus est. *l. 1. §. quanquam. D. ad Trebell.* Quod si ea non utatur sed solvat: potest solutum repetere à fideicommissario *l. 1 C. ad Trebell.* Notandum est. a. hic obiter quod suo loco declarabitur *inf. l. 4.* Actiones alias esse directas, quæ jure civili & ex ipsis verbis alicui dantur: alias esse utiles quæ ex æquitate & utilitate quadam contra jus strictum accommodantur. Sic & aliâs solent actiones, quæ apud hũc essent directæ, utiles fieri si in alium transferantur puta per cessionem: qua de re etiã sup. aliquid admonui *ad §. tam. a. corporales t. de leg.* Porrò heredis loco habetur fideicommissarius si tota hereditas ei restituatur: tum. n. in universum jus succedit: legatarij. a. si res aliqua aut pars tantum. SCti istius Trebel. sententia vel sanctio breviter hic refertur ut & à Paulo *L. 4. t. 2.* Verba ejus & causa ab Ulpiano recitantur in *l. 1. §. cujus verba. D. ad SCtum Trebell.* Ratio a. cur actiones hereditariæ utiles transferantur in fideicõmissarium est, quia æquum sit eos judicia subire in quos transfertur jus fructusq; bonorum. *d. l. 1. ad Trebell. arg. l. 10. D. de R. I. capit. qui sentit. de R. I. in 6.* Heredi. a. non oportet damnosam aut periculosam esse fidẽ suã, ut habent verba ipsius SCti in *d. l. 1. & ut Paulus ait d. loco. arg. l. 7. D. testam. quemad. aperiãtur & l. 61. §. quod. v. D. de furtis.* Deinde sicut l. falcidia lata est ad conservandas volũtates testatorũ ut *ad t. praeced. d.* Ita & SCtm Trebell. eandem ob causam factum est: nimirum quo magis in reliquũ confirmentur voluntates defunctorum: sublata sc. dubitatione heredum qui metu æris alieni recusabant adire atque ita sæpe deserebant hereditatẽ *d. l. 1. D. ad Trebell.* Hoc ergo SCto tantũ cavebatur de actionib. ab herede in fideicõmissarium transferendis: & quidem tam de civilibus quam de honorariis seu prætoriis *l. 40. D. ad Trebell.* Erat & alterum de fideicommissis, posterius factum SCtum Pegasianum scilicet quo cavebatur de quarta ab herede detrahenda: qui totam hereditatem vel etiã res singulas supra dodrantem restituere jussus esset.

Itemq; de herede cogendo ad adeundam hereditatẽ & de stipulationibus interponendis inter heredem & fideicommissarium per quas actiones hereditariæ pro rata dividantur inter heredem & fideicommissarium: earum stipulationum formulas ex Theophilo hic petere licet. Sicut & differentiæ inter utrumq; SCtm quæ olim erant ex eodem Theophilo & ex Imper. nostro colligi possunt vide & senten. Pauli *l.4.t.3.* Notandum est autem quod hic Imper. ait de legatario partiario: is est cum quo heres jussus est partiri hereditatẽ teste Ulp. *t.24.§. sicut* quomodo partiarius Colonus dicitur in locatione & conductione cum quo Dominus partitur fructus fundi *l.25.ff. locati.* Hodie id satis est scire, SCtm Pegasianum esse explosum & capita ejus transfusa in Trebellianum: cui soli Imper. locum esse voluit ut jam hereditates fideicommissariæ ex illo restituendæ sint: sive heres quartam habeat: sive non habeat ut detrahat; sive aliquid tantũ & non integram quartam habeat ut suppleat quod deest. Et ut actiones hereditariæ pro rata inter heredem & fideicommissarium dividantur si quartã heres retineat: vel etiam ut omnes transferãtur in fideicommissarium si totam hereditatem sponte restituat non deducta quarta. Deniq; ut heres si forte recuset adire, possit cogi à Magistratu potente fideicommissario ad restituendum: atq; ita omnes actiones in fideicommissarium transeant, nec ullum vel damnum vel commodum apud heredem remaneat. Hæc est summa *§. sed quia stipulationis h. t.* Idemq; jus attingit Imper. etiam *in l.2. C. de vet. D. enuncl. vide & l.4. cum. 12. ll. seq. D. ad Trebell.* Sic alias quoque Imperator sustulit veterem actionem rei uxoriæ & transfudit eam in actionem ex stipulatu de dote *t. C. de rei uxor. act. §. fuerat. inf. de actiou.* Sic veterem actionem receptitiam transtulit in actionem de constituta pecunia *l.2. C. de constit. pecunia.* Notandum est 2. quod hic profitetur Justin. sibi in jure & ll. magis probari simplicitatem quam difficultatem. Quomodo & in *§. cæterum de leg. agnat. succes.* Simplicitatem legibus amicam dicit & hac de causa multas subtilitates & ambages J. veteris correxit & sustulit suis constit. atque ad æquitatem naturalem eas redegit, cujus rei exempla in C. passim sunt obvia. Sed quod ait Imperator Heredem qui integrum fideicõmissum præstitit non deducta quarta posse repetere solutum: huic obstare videtur sententia Pauli. *d. l.4. t.3. §. ult.* qui repetitionem ipsi denegat. Resp. Paulum esse intelligendum de errore juris. Justinianum de errore facti, vide etiam *l.21. & l.68. §.1. D. ad Trebell. l.1. & l.9. & l. ult. C. ad L. Falc.* Porrò ex ijs quæ sup. dixi observanda est differentia inter quartam Trebellianam & Falcidianam: nimirum quod hanc retineat heres detractã de legatis sine onere æris alieni: quia æs alienum ante detrahẽdum est quam falcidiæ ratio ineatur ut *t. præced. dictum*: sed Trebellianam habet heres cum onere: nam cogitur excipere actiones hereditarias pro rata portione & creditoribus defuncti satisfacere. Est & altera differentia, quod fideicommissarius cui aliquis hereditatem vel ejus partẽ restituere rogatus est potest cogere heredem ut adeat & restituat. Sed is cui res certa est restituenda ut legatarius vel fideicommissarius singularis non potest eum cogere *l.14. §. non omnis. D. ad Trebell.* Ratio differentia est: quia alter in se recipit onus & periculum omne, ut jam nihil amplius intersit heredis, posteaquam coactus restituit. Alter vero hoc non facit, cum ejus causa mere lucrativa sit ut alias dixi.

Ad

Ad §. Nihil autem interest.

Quæ huc usq; dicta sunt de tota hereditate restituenda: eadem quoq; de parte vel parte partis intelligenda sunt *l. 2. C. ad trebel. l. filium quem C. famil. ercis.* V. G. si quis scriptus rogatus sit heres ex sextante, eum vel ejus partem restituere alteri, æque restituet, deducta ejus quarta & divisis actionibus. Quod si coactus restituat nihil neq; commodi neque oneris penes ipsum remanebit. Ratio est: quia plerunque quæ de tota aliqua re dicuntur, eadem etiam in parte ejus obtinent. argumento *l. 74. D. rei vindic.*

Ad §. si quis una.

Quod dictum est *supr.* Actiones restituta hereditate scindi ac dividi inter heredem ac fideicommissarium, ejus velut exceptio quædam h. affertur nimirum in herede eo qui rogatus est restituere hereditatem re certa præcepta sive prius deducta vel duabus vel pluribus vel etiam certa summa etiamsi maxima pars hereditatis in illa contineatur. Hic enim non dividit actiones hereditarias cum fideicommissario: sed rem illam sine omni onere habet tanquam legatarius quidam, & actiones omnes in fideicommissarium solum transfert: ut *h. & l. 30. §. multum D. ad trebel.* Reliqua vero omnia facit & facere debet quæ quilibet alius heres fideicommisso gravatus. Quod si coactus restituat prohiberi debet omni commodo ut ait *l. 27. § si præceptis D. ad trebel.* Nec interest sive ex asse sive ex parte institutus sit heres. Ratio hujus exceptionis est: quia talis heres est loco legatarij *l. pen C. de hered. instit.* Atqui legatarius non tenetur actionib. hereditarijs cum legatum contineat merum lucrum, ut jam sæpe *d. ex l. 32. D. mandati & ex l. ult. C de hered. act.* Dices hoc esse iniquum & nimium onerari fideicommissarium si solus omnes actiones sustinere cogatur. ℞. Non esse hoc iniquum: quia sicut heres repudiare potest hereditatem damnosam: ita & fideicommissarius potest non recipere hereditatem quam alter ei restituere vult. & ut ait Impr. secum deliberare debet an expediat sibi restitui: alioqui sibi & suæ facilitati imputabit.

Ad §. præterea.

IV. Hic incipi potest locus de personis à quibus possint fideicommissa relinqui. Fideicommissa non solum in testamento: sed etiam ab intestato relinqui possunt *ut h. & l. 114. D. de leg. 1. l. 1. § hoc autem SCtm l. 6. §. 1. D. ad trebel. l. 3. & l. 5. C. eod. t.* Sive quod idem est SCtm. Trebel. ab intestato quoque locum habet *l. 29. C. de fideicom.* Ait textus vel honorario. His verbis intelliguntur successores prætorij, sive bonorum possessores. R. tamen D. id est, Cur heredes legitimi seu ab intestato succedentes videantur non posse onerari fideicommisso erat hæc: quia cui nihil reliqueris ipsi ab eo etiam alteri nihil poteris relinquere & hoc est quod vulgo dicitur qui non est honoratus eum non posse ab aliquo onerari *l. 9. C. de fideicom.* At defunctus non honoravit heredem qui ab intestato ei succedit cum is non capiat hereditatem ex judicio defuncti, sed ex lege ipsi obveniat hereditas *l. 130. D. de V. S.* Dec. R. est: quia heres ab intestato hoc ipsum acceptũ ferre debet defuncto quod passus sit hereditatem ad se pervenire: cum quidem posset eam per testament. ad alium transferre. Ergo non sola lege: sed etiam taci-

 ta volun-

hujus singularitatis ut sic dicam redditur ab Imp. ne depereat ultima voluntas testatoris commissa fidei heredis i.e. favor & studium ultimarum voluntatū conservandarū, quas habere exitum publice expedit. Est & illa ratio *in d. l. ult.* Quia cum res gesta sit sine testibus & unius heredis fidei concredita: non debeat ad extraneam fidem decurri relicta propria: cum ipse sibi Judex & testis inveniatur cujus religio & fides electa est à fideicommissario qui jusjurandum detulit. Quā sentent. mutuatus est Impr. ab *Vlp. in l. 1. D. quas rerum act. non detur.* Illud autem est regulare, quod is qui deferre vult jusjurandū prius jurare debet de calumnia id est, se non calumniandi animo quicquam petere, sed non aliter existimare quam quod bona instantia nitatur, *vid. Cuiac. ad Nov. 49.*

Ad vers. quod si is.

Dictum est de herede vel legatario vel fideicommissario negante à se relictum esse fideicommissum, hunc posse adigi ad jusjurandum. Quid ergo si quis fateatur quidem à se relictum esse, sed recurrat ad subtilitatem legis, i. e. si excipiat non recte, neque ut oportet relictum esse. Hunc ait Imp. omnino cogendum esse ad solvendum non admissa neque audita ipsius exceptione. Atq; hæc videtur esse simplicissima horum verborum sententia: ubi tamen illa verba delenda sunt postquam negaverit, quæ absunt à meliorib. libris neq; à Theophilo agnoscuntur. Ex hoc igitur loco dicendum videtur fideicommissum etiam minus legitime relictum nihilominus valere. Ratio est, quia in eo voluntas tantum spectatur & nulla juris solennitas: adeo ut etiam nutu relinqui possint fideicōmissa *l. 21. nutu D. de leg. 3. l. 22. C. de fideicom.* Sed obstare videtur *l. 23. C. d. t.* Ubi heres non potest urgeri ad solutionem relicti, si desit veritas vel solennitas juris ℞. Eā l. intelligendam esse non de quolibet fideicommisso, sed tantum de fideicommisso relicto in testamento cui juris solennitas defuit. Nam ex tali testam. quod jure non valet ne fideicommissum quidem peti potest *l. 29. C. d. t.* Quanquam juris canon: Interpretes tradiderunt heredem qui recuset implere voluntatem defuncti, etiam non solennem, non legitimam, in foro animæ peccare Postremo admonendum est ad h. t. pertinere illam quæstionem celeberrimam, si filius qui patri suus & necessarius heres est à Patre rogatus sit hereditatem alteri restituere, an is duas quartas detrahere possit, unam tanquam I. naturæ sibi debitam: et alteram ex SC. Trebel. An vero una contentus esse debeat? Quamvis autem prior sententia morib. & DD. opinionibus, adeoq; I. Canonico comprobetur in c. 16. Reinucius & c. 18. Rainaldus. ext. de testamentis: tamen posterior videtur esse verior quam confirmat *Hotomanus ill. quæst. 43. & in disp. contra c. Reinucius quæ adjecta est ad finem quæst. illust.* Eandem etiam confirmat Giphanius ad *t. C. de inoff. testam.* refutata priore sententia, quā tamen contra Hotom. defendere conatur Andr. Fachineus. lib. Controversi: Thessaurus quoque *Decis. 141. nu. ult.* eò inclinat, ut liceat postumo gravato restituere hereditatem ab intestato per clausulam Codicillarem duas quartas ex æquitate detrahere.

AD

AD TIT. XXIV. DE SINGULIS REBUS PER FIDEI-COMMISSUM RELICTIS.

Dictum est de fideicommissis. 1. in genere cum de universalibus seu generalibus quib. vel tota hereditas relinquitur, vel ejus pars aliqua, quæ tamen & ipsa pro hereditate habetur. Sequitur de altera fideicommissorũ specie, id est, de singularibus seu specialibus & particularibus fideicommissis. Est autem speciale fideicommissum quo quis ... n aliquam singularem alteri restituere rogatur. V.G. Hunc vel illum fundum, servum: hanc vel illam domum, pecuniæ numeratæ summam illam aut istam, &c. *ut h. in pr.* Atque hic fideicommissarius est legatarij loco, non heredis quemadmodum universalis *t. præced.* Et de hoc solo fideicōmissorum genere verum est ꝙ *supr.* dicebatur. Legata fideicommissis per omnia exæquata esse. §. sed non usque *supr. de leg.* adeo ut legati appellatione & fideicommissum & mortis causa donatio contineatur *l. 87. D. de leg. 3.* Ideoque & in ff. communiter de his duobus agitur tribus tt. vel potius libris integris, & omnia quæ *supr.* tradita sunt de legatis hic erunt repetenda, paucis sanè (ut quidam volunt) exceptis, in quib. legata à fideicommissis etiam hodie differunt: quale est hoc de Personis: quod à legatario legari non possit; sed tantùm ab herede, fideicommitt. vero ab utroque possit, non tantum ab herede, sed etiam à legatario *l. 78. & l. 86. D. de leg. 1.*

Item à fideicommissario à Donatario causa mortis: item ab herede heredis & legatarij: ab omni etiam debitore *l. 5. §. 1. D. de leg. 3. l. 9. & l. ult. C. de fideicom. l. 77. D. de leg. 1. l. 1. §. & hæc disposuimus C. communia de leg.* Sic quæ *supr.* dicta sunt de rebus quæ legari possunt. *ad §. non solum & §§. seqq. t. de leg.* Eadem etiã hic de fideicommissis traduntur, ut nova doctrina hic non sit opus. Quod scilicet per fideicommissum possit quis relinquere non solum res proprias: verum etiam ejus, qui rogatur restituere: imo & plane alienas: Et quod rem alienam cogatur is qui fideicommissi onere gravatus est, vel redimere à Domino & præstare, vel ejus æstimationem solvere fideicōmissario, §. *potest autem h. t.* De modo autem seu quantitate fideicommissi observanda est Regula hic tradita, Neminem rogari posse ut plus alicui restituat, quàm ex testamento aliave ultima voluntate defuncti vel etiam ab intestato acceperit.

Et hoc est quod vulgo perhibent: Nemo amplius potest onerari quàm sit honoratus. Unde perspicuum est, si nihil omnino alicui relictum sit, nihil etiam ab eo relinqui posse alteri *ut h. vers. hoc solum & l. 9. C. de fideicomm. d. l. 78. D. de leg. 1. l. 94. §. ult. & l. 114. §. apud Marcellum D. de leg. 1.* ubi glossa plures auctoritates adducit ut & *in l. 1. in verbis cum enim C. comm. de leg.* Idque præceptum commune videtur utrique speciei fideicommissorum *l. 1. §. sciendum & 5. ll. seqq. D. de leg. 3.* Ratio hujus rei est æquissima cum secundum naturam sit ut onus seu incommodum sit par ac respondeat commodo, *argumento l. 10. D. de R. I.* Cujus tamen regulæ quasi exceptio est *in l. 70. §. 1. D. de leg. 2.*

Ad

Ad § libertas quoque.

Pertinet ad locum de rebus quæ per fideicommissum relinqui possunt, & ait etiam libertatem per fideicommissum dari posse quod & Vlp. monet *t. 25. & ait l. 24. D. de fideicomm. libert.* Eosdem posse asscribere libertatem fideicõmissariam, qui & pecuniariũ fideicõmissum relinquere possint. Et hęc libertas dicitur in jure fideicõmissaria, *de qua tot. est t. in D. & C. de fideicom. libert.* cui opponitur directa libertas q̃ servo p legatũ datur. *l. un. C. de lege Fusia canin. toll. l. 43. D. de manumis. test.* Interdũ tamen in eodẽ testamento simul & directe & per fideicõmissum datur libert. quo casu est in potestate servi utrũ velit ex directo an ex fideicõmisso ad libertatẽ pervenire *l. 56. D. d. t.* Etsi autẽ ferè in omnib. causis libertates fideicommissæ, habendæ sunt ꝓ directo datis, ut ait *l. 40. D. d. t.* Tamen multæ sunt differentiæ inter has duas species, quarum duæ hic ab Imper. afferuntur. 1. enim directa non nisi proprio servo à testatore dari potest *l. 9. C. de test. manum.* & quidem proprio testatoris utroque tẽpore, & testamenti & morti *vers. nec alius. infr. h. t.* Fideicommissaria vero non tantum proprio, verum etiam illius à quo fideicommissum libertatis relinquitur i. e. heredis aut legatarij aut fideicõmissarij, imo etiam extranei servo: vide *Vlp. t. 2. §. per fideicom.* & dixi aliquid hac de re etiam *sup. ad §. 1. Qui testam. tutores.* servus tamen qui apud hostes est ad libertatem pervenit, quamvis neque testamenti neque mortis tempore in potestate testatoris fuerit *l. 30. D. de manum. testam.* R. est propter jus postliminij. De alieno seu extranei servo idem quod hîc dicitur in *l. 31. & l. 39. D. de fideicom. libertat. & l. 6. C eod.* nimirum ipsum redimendũ esse à Domino vendere volente justo precio, atq; ita manumittendum. Dixi à volente Domino. Nam rem suam vendere regulariter nemo cogitur *l. 11. C. de jure delib.* Repete quæ dixi *sup. ad §. non solum t. de leg.*

Nisi quis ex judicio defuncti qui fideicommissariam libertatem reliquit aliquid consecutus sit. Hoc enim casu vendere cogitur, quia agnoscendo defuncti judicium videtur se obstrinxisse ad id omni ex parte implendum *l. 13. C. de fideicom. lib.* Quid ergo si Dominus servum suum vendere nolit vel pluris justo precio vendere velit? ℞. non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed tantisper differunt & in pendenti relinquitur, dum possit ad exitum perduci i. e. dum offeratur occasio servi redimendi & manumittendi *ut h. vers. quod si Dominus & d. l. 6 C. de fideicom. lib.* idque receptum est favore libertatis, cujus causa etiam alia singularia à legibus sunt indulta.

Altera differentia inter has libertates est posita in jure patronatus. Nam servus ex causa fideicommissi manumissus, etiamsi fuerit servus testatoris, tamen nõ fit libertus testatoris, sed ejus qui ipsum manumittit ut *h. vers. qui autem ex fideicommißi & l. 7. C. de fideicom. libert.* Directè vero manumissus fit libertus ipsius testatoris vel potius nullius, & plane liber, dicique solet libertus orcinus q. cujus Patronus jam in orci familia, & in peculio Proserpinæ numeretur ut loquitur Apulejus *l. 3. metamorph. ut h. vers. at is qui directò & l. 10. C. de testam.* manu-

manumis. l. 3. §. planè D. de legit. tutoribus l. 4. hi qui D. de fideicom. libert. l. 22. D. pecul. leg. vide & l. 15. & l. 19. D. de manum. testam. & Vlp. d. t. 2. §. is qui directò.

Non solum autem is dicitur libertus orcinus, qui à Testatore directo manumissus est, sed etiam is qui libertatem pro præmio consecutus est. V. G. quia necem Domini sui detexerat *l. 4. D. de bonis libertor. l. 5. D. qui sine manumis. ad libert. perven.* Est & h. different. quod directò data libertas ipso jure sine cujusquã facto perducit servum ad libertatem. Fideicommissaria vero per manumissionem, & factum heredis requirit *l. 11. C. de fideicom. libert.*

Ad §. ult.

Ad locum de forma & modo relinquendorum fideicommissorum pertinet h. §. Estq; utrique generi fideicommissorum communis. Enumerat enim verba quib. fideicommissa tàm universalia quam singularia soleant relinqui Hæc & precaria & obliqua & inflexa dicuntur: & opponuntur directis civilibus & imperativis *l. 2. C. commun. de leg.* & quidem ea duntaxat hic afferuntur quæ maxime sunt usitata de quibus vide & *Vlp. t. 25.* Sunt enim & alia quædam hic prętertermissa, ut impero, desidero, cupio, deprecor, item scio, credo, persuasum habeo, &c. te facturum, te daturum, item contentus sis illa re, sufficiunt tibi hæ vineæ, &c. *l. 11. D. de leg. 3.* Item si quis jubeat, ut heres alium aliquando faciat heredem, est fideicommissum *l. 114. §. ut quis heredem D. de leg. 1. l. 17. D. ad Treb.* Item si Pater prohibeat filiam testari priusquam liberi ipsi nati fuerint *l. 74. D. ad trebel.* Sed si dicat Testator commendo tibi hunc, non est fideicommissum *d. l. 11. §. si ita quis D. de leg. 3. l. 78. § filiam D. ad trebel. l. 12. C. de fideicom. libert.* Sicut etiam commendatio non inducit obligationem mandati, *ut infr. lib. 3. dicetur.* Notandum tamen postremo ex constitt. Impp. in legatis & fideicommissis non esse necessariam verborum observantiam *l. 21. C. de leg. l. 2. C. comm. de leg.* ut neque in institutionibus heredum *l. 15. C. de testam.*

AD TIT. ULT. DE CODICILLIS.

Alia species ultimarum voluntatum hic explicatur videlicet Codicilli, de quibus extat *in D. t. de jure codicil. & in C. t. de codicillis*, vide & Duar. *l. 2. disput. c. ult.* Quemad. autem fideicommissa possunt tam ab intestato quam per testamentum relinqui: ita & codicilli tam facto testamento quam ab intestato fieri possunt Quæ etiam causa est, quare absoluta successione testamentaria priusquam pergatur ad legitimam hic tanquam in confinio de illis agatur. Quatuor autem ferè capita de codicillis hic exponuntur. 1. De eorum origine & utilitate. 2. de his qui codicillos facere possunt, ubi obiter quædam divisio codicillorum continetur. 3. De codicillorum vi, sive quid in codicillis scribi possit aut non possit. 4. De codicillorum numero & solennitate quæ priusquam ordine explicemus breviter admonendum est de vocabulo. Codicillos nimirum significare Schedulam sive Epistolam breviorem ut videre est non tantum *apud Cic.* sed *& in l. 37. §. Sciam. D. de leg. 3. & in l. ult. C. de fideicom. libert.* unde etiam forma codicil-

codicillorum peti potest. Opponi autem solent codicilli tabulis seu codicibus ac literis, seu epistolæ prolixiori, hoc primum. Deinde veteres potius hic utebatur numero plurali quam singulari, i. e. codicillos potius dicebant quam codicillũ, quo verbo posteriores & maxime Græci usi sunt ut *l. 3. C. h. t. l. 14. & l. 28. §. cum autem C. de testam.* Significat autem hoc verbum etiam in plurali rem unicam, quemadmodum & liberi. *teste Gellio & ICto. in l. non est sine liberis D. de V. S.* Origo autem codicillorum ut & fideicommissorum cœpit sub. Augusto Imperatore. Cùm enim L. Lentulus Romæ facto testamento Augustum & filiam suam heredes instituisset eodemque testamento cavisset, ut si quos postea codicillos faceret ij ex eodem testamento valerent, cumque postea in Africa decedens codicillis ibi factis, multa ab illis legata reliquisset: Augustus Impr. & Lentuli filia tametsi jure cogi non poterant ad ea præstanda, tamen Lentuli voluntatem etjam minus legitimam benigne & tanquam pij heredes impleverunt & legata ac fideicõmissa a se relicta ultrò præstiterunt. Ut autem solent reliqui cives imitari mores & facta Principum teste Platone, Cic. & Claudiano: ita & hic factum est: nam exemplum & auctoritatem Augusti plures deinde sunt secuti, atque ita paulatim in assiduam observationem hoc conversum fuit. Tandem Imp. JCtos seu proceres suos in consilium adhibuit quemadmodum solent boni Principes omnia ex consilio sapientum constituere atque administrare, quod & de Alexãdro severo testatur Lampridius, & de Friderico 1. Barbarossa Historicus Guntherus, & Imperatores Theodosius & Valentinianus sese facturos pollicentur *in l. 8. C. de ll.* Et disputationes inter Jurisconsultos fuisse usitatas quæ appellabantur disputationes fori, constat *ex l. 2. D. de orig. I.* Docetque Jacob. Rævardus in L. de auctor: pruden. Jurisconsulti igitur & in primis Trebatius amcus ille Ciceronis cui Topica inscripta sunt, quique Julio Cæsari in Britanniam comes fuerat responderunt codicillorum usum probandum & recipiendum videri Ratio illorum fuit utilitas quæ ab Horatio justi prope mater & æqui dicitur. Imo etiam necessitas seu indigenitas quæ duæ ut consociationis hominum, ita & juris quod societatem humanam continet causæ sunt *teste Arist. in. 1. polit.*

Necessitas quidem in eo conspicitur: quia sæpe aliquis impeditur justum ac solenne testam. ordinare, ut in peregrinatione, ubi non tam facile inter ignotos reperiri possunt testes, signatores & notarij, aliaq; ad ordinationem testamenti necessaria, quæ quis in patria, domi suæ, in promptu habere poterat. In hac ergo necessitate & inopia utile est, aliam quoque habere rationem declarandæ voluntatis suæ: licet minus solenne, quæ fit in codicillis. Atque hæc quidem afferri possunt pro codicillis. Sunt etiam rationes non exiguæ quæ contra usum codicillorum faciant ut 1. quod per codicillos multum derogetur testamentis eorumque usus & jus omne tantis excogitatum vigilijs deperiat. 2. quod in codicillis privata auctoritate aliquis moriens omnia sua bona ad alium transferat, cum id non liceat nisi publica auctoritate, nimirum legis 12. tabul. quæ certe testaamenta solum, non etiam codicillos novit. Hæc & his similia credibile est a Jurisconsultis illis in disputatione coram Augusto in utramque partem agitata fuisse. Sed rationes quæ pro codicillis

afferebantur, tandem prævaluerunt tanquam probabiliores & vitæ communi utiliores. Accessit etiam auctoritas Antistij Labeonis qui ipse fecit codicillos. Fuit autem hic Labeo auditor Trebatij eiusque præclara laus extat apud Tacitum & Gellium. Et hæc quidem hactenus de codicillorum origine usu, & confirmatione: plura vide apud Theoph.

Ad §. non tantum.

De personis quæ codicillos facere possint. 1. tenenda est regula. Eos demum facere posse codicillos, qui & testamentum possunt *l.6.§. pen. & l.8.§. codicilli D. de I.codicil.* Igitur furiosus cum testamentum facere non possit ut dictum est in §. præteerea vers. item furiosi supra quibus non est permis. ne codicillos quidem facere poterit *l.5.C.h.t.l.2.D.eod.*

Ideoque dicendum est de alijs similibus. Non obstat quod supra dictum est codicillos esse repertos propter eos qui testamentum facere non possunt: nam id accipiendum est de ijs, qui jure quidem testamenti factionem habent: sed ipso actu jam testari nō possunt: quia videlicet laborent inopia testium sufficientium aliarūve verum *d. l.8.§. codicilli D. eod.* Alia enim est impossibilitas juris: alia impossibilitas facti seu difficultas aliqua ex circumstantijs nata. Deinde sciendum est, non modo eum qui testatus sit, verum etiam intestatum codicillos facere posse, ijsque fideicommissum relinquere. Sunt igitur codicilli in duplici differentia. alij namque ad testamentum fiunt, alij ab intestato *ut h.* & illi quidem vel confirmantur testamento, vel non confirmantur. Qui confirmantur rursum aut ante testamentum, aut post testamentum conficiuntur; sive ut Paulus loquitur *in l 8.D.h.t.* Aut in futurum aut in præteritum confirmantur, idemq; habetur *in l.6.C.h.t.* sive à testamento confirmentur, sive non confirmentur: tamen ex eo vires capiunt, videlicet ex præsumpta voluntate testatoris *l.3.§.ult D.h.t.* Papinianus tamen volebat Codicillos ante testamentum factos non aliter valere quā si expressè postea in testamento confirmati essent, sed ejus sententia improbata est rescripto Impp. Severi & Antonini, sub quibus vixit, ut sufficiat etiam tacita confirmatio: si nimirum testator expresse non recesserit in suo testamento à priore voluntate in codicillis declarata, quæ causa est cur Tribonianus verba Papiniani in *l.5.D.h.t.* interpolaverit: ne videlicet ἀντινομία hic relinqueretur quam vitare studebat jussu Imperatoris Justiniani: interjecit itaq; hæc verba, aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur: *vide Duar l.1.disput.c.42.* Quidem aliter hæc conciliant & ajunt *vers. sed Divo, eum d.l.5.vers. aut voluntas*, esse intelligendū de fideicommisso, q̄ in codicillis etiam nō confirmatis relictū sine dubio valet: at vers sed cum ante, intelligendū esse de ijs q̄ directo in codicillis ante testamentū factis scripta sunt, ut legata, ea inquā, non aliter valere, quàm si expresse ac specialiter codicilli testamento confirmentur: sed inter codicillos ad testamentū factos, & factos ab intestato tantundem interest, quantū inter causam testati & intestati: nam codicilli ad testamentum facti pro parte testamenti habentur observationemq; & legem juris inde traditā servant, sive sequuntur jus testamenti *l.14. quidam & l.16 ab intestato D.h.t. & l.pen D.testa.quemad.aper.*

Adeo

Adeò ut testamento non valente ne ex codicillis quidem quicquam debeatur *d.l.3.§.ult.D. h. t.* Sed ab intestato vicem tantum testamenti exhibere dicuntur *d.l.16.D.h.t.* Interdum tamen etiam hi ad causam testamenti pertinent. *l.1.§. hoc interdictum.D.de tab.exhib.& l.3.§.si quis codicillos.D.de SC.Silan.* Illis igitur ad testamentum factis legata relinqui possunt: his non possunt, si quidem tueamur illam opinionem quod legata ab intestato relinqui non possunt, *de qua d.est ad §.præterea de fideicom.hered.* Unde animadvertere licet in toto jure quando agitur de legato in codicillis relicto, codicillos esse ad testamentum factos. Contra cum de fideicommissis, ibi codicillos esse ab intestato. *l.31.sed etiam ad ea D.de leg.1.l 41.§.codicillis de leg.3.l.si certarum 17.§.ult.D.de milit.testam.* Sic & libertates directè quidem & testamento & codicillis testamento confirmatis rectè dantur: sed ab intestato tantum fideicommissariæ *l.43.libertates. D. de manum. testam.* Sed hoc loco quæritur quemadmodum codicilli dividuntur in eos qui ad testamentum, & eos qui ab intestato fiunt, an etiam sic recipienda sit altera eorundem divisio nempe in scriptos & non scriptos. Hac de re non omnes idem sentiunt. Quidam enim negant ullos posse codicillos fieri sine scriptura, nituntur maximè his rationibus. 1. Quia codicilli dicti sint à codice, quasi parvus codex: quemadmodum igitur inquiunt non est codex nisi scriptus: ita nec codicilli esse videntur sine scriptura. 2. Ex *l.ult.C.quemadm.testam.aper.* Ubi codicilli dicuntur scriptura quolibet tenore confirmata. 3. Argumentum sumunt *ex init.h.t.nostri*: ubi traditur origo codicillorũ & usus quod videlicet quidam in Africa codicillos scripserint. Aliis tamen contrarium videtur verius esse idque primum propter *legem ultimam. C. de bonis libert.* Ubi Imperator ait vel in his quæ ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis. 2. Per *l 13. C. de sacros.Eccles.* Ubi primum fit mentio testamenti & codicilli. Deinde his relicta dicuntur valere, sive scripta, sive non scripta appareat voluntas. 3. Idem videtur probari ex *l.ult. §. ult. C. h. t.* Ubi ultima voluntas non potest aliter accipi, quam de codicillis: quia duæ tantum sunt ultimarum voluntatum species principales nempe testamentum & codicilli: illa autem ultima voluntas dicitur fieri in scriptis vel sine scriptis. 4. Nisi hoc admittamus falsum esset etiam sine scriptura atque adeo nutu posse fideicommissa relinqui. *l.nutu. D. de Leg.3. l.& sine C.ad Trebell.* Quo enim referemus istud fideicommissum: ad testamentum certè referri non potest: relinquitur ergo ut dicamus hic esse codicillos & quidem non scriptos. Neque verò difficile est si posteriorem sententiam teneamus ad argumenta in contrarium allata respondere. Loquuntur enim ea tantum de propria vi ac significatione verbi, & de origine prima codicillorum, quos non est dubium potuisse successu temporis amplificari.

Ad §. Codicillis autem.

Agitur hic de vi codicillorum, sive quid quantumque in iis scribi possit & quomodo, item quid non possit. Dictum est autem supra codicillos ad

testamentum factos sequi jus testamenti: hinc dicendum videbatur, quicquid fieri potest in testamento, idem etiam in codicillis tanquam ejus parte fieri posse: sed hic contra monet Imperator esse quædam quæ in testamento recte fiant: in codicillis non item ut maximè ad testamentum facti sint: Talis sunt Institutio heredis eique contraria exheredatio, substitutio, adjectio conditionis heredi jam ante instituto facta. Passim autem hæc celebris Regula inculcatur. Hereditatem codicillis neque dari neque adimi posse ut h. & *l.2. §. ult. D. eod. t. l.2. & l.7. C eod. l.77. D. de hered. instit. l.10. institutio & l. pen. D. de condit. instit. l. Scævola.76. D. ad Trebell. l. penult. §. :. C. de necess. servis. l.4. C. de his quib. ut indig.* Si quis igitur heredem instituerit vel substituerit, vel exheredaverit, non videtur facere voluisse codicillos: sed potius testamentum. *l. illud. 13. §.1. D. h. t. l.14. C. de testam.* Sicut contra tabulæ in quibus non est scriptus heres, magis codicilli, quam testamentum existimandæ sunt. *l. ult. D. h. t.* Ratio h. regulæ est: ne confundantur jura testamentorum & codicillorum *ut h.* Atque hæc videtur melior esse ratio quam ea quæ redditur à Constantino. *l. 7. si idem. C. h. t.* quia diversum vocabulum impositum sit testamento & codicillis: Et altera quam reddit Papinianus in *l. 10. D. h. t.* Quia absurdum sit per codicillos confirmari testamentum, cum ipsi codicilli ex testamento valeant. Testamentum autem accipiat vires ex institutione heredum: hæ inquam rationes non sunt necessariæ neque perpetuæ quod & Cujacius admonuit in paratit. C. Excipitur Miles: nam is etiam hereditatem jure dare videtur in codicillis ad testamentum factis idque propter privilegium militare. *l. quærebatur 19. vers. quin imo & l. militis 36. D de testam. mil.* Sed quædam obstare videntur superiori regulæ ut primum *l. asse. 77. D. de hered. instit. & l. 10. D. de condit. instit.* ubi valet hujusmodi institutio. Quem codicillis heredem fecero heres esto. Resp. Hereditas hic non datur codicillis, sed testamento: nomen tantum heredis in codicillis exprimitur: quod si omittatur, evanescit institutio tanquam scilicet conditionalis, conditione non existente: imo quia non constat de quo testator senserit ut ita res non possit exitum habere. Secundò, obstat *d. l. 76 Scævola. D. ad Trebell.* Ubi valet substitutio quam Pater filio suo impuberi ex asse heredi scripto postea fecit in codicillis & Mater ab intestato succedens obligatur substitutis. Resp. Hoc esse ex benigna interpretatione contra jus strictum, idque propter conjunctionem personarum, quæ suadet ut directa substitutio vertatur in fideicommissariam quod aliàs non fieret, per *l. verbis 7. D. de vulg. & pupil.* Ait Imperator ne conditionem quidem adjici posse in codicillis heredi jam antea instituto. Idem dicitur in *l.6. D. h. t. & in l. pen. §. 1. D. de condit. instit.* Ratio est: quia & hæc esset nova atque à priore diversa institutio: prior namque fuit pura: hæc autem est conditionalis. Deinde institutio conditionalis est ademptio tacita hereditatis si conditio deficiat *d. l. pen. §.1. D. de condit. instit.* Atqui codicillis hereditas adimi non potest ut supra dictum. Huic simile est quod traditum est de Donatione, eam semel perfectam postea non recipere modum aut conditionem *l.4. C. de donat.* quæ sub modo.

Hæc igitur prima sit differentia inter testamentum & codicillos, quod codicillis

dicillis

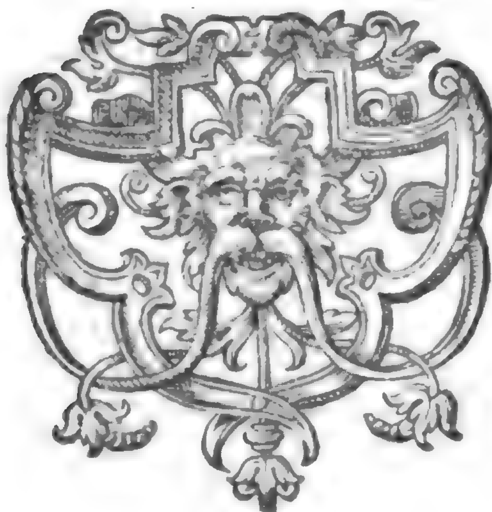
dicillis neque institutio neque substitutio heredis, neque exheredatio, neque adjectio conditionis ad institutionem antea pure factam possit fieri: quæ omnia testamento fieri possunt. Tantum igitur fideicommissaria hereditas per codicillos relinqui potest, ut scilicet aliquis rogetur hereditatem vel ejus partem alteri restituere de quo *sup. d. ad t. de fideicom. hered.* Altera differentia est in numero quod quis plura testamenta relinquere non potest: semper enim prius rumpitur per posterius ut *sup. d. § posteriore t. quib. modis test. infir.* Codicillos autem plures relinquere potest. *ut h. § ult. l. 6. §. 1. D. h. t.* Omnes enim pariter valent: nisi posteriores contrariam voluntatem complectantur *l. 3. C. h. t.* tunc enim ultimi soli valebunt. Est & hæc differentia, quod testamentum testamento emendari aut suppleri nequit; ita ut prius nihilominus valeat, sed omnia de integro facienda sunt, ut ait *l. 21. heredes palàm. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* codicilli vero alij per alios suppleri possunt atque emendari. *Cujac. in parat. C. h. t.*

Postremò in eo quoque differunt, quod testamentum multas desiderat solennitates de quibus dictum est *sup. ad t. de testam. ord.* Codicilli vero nullam id est, neque subscriptionem neque subsignationem. *d. l. 6. §. 1. & 2. D. h. t.* Neque tot testes hic requiruntur quot in testamento. Sufficiunt enim quinque. At in testamentis septem necessarij sunt. *l. ult. §. ult. C. h. t.* Est & hæc differentia quo ad testes: quod in testamento requiruntur rogati: at in codicillis sufficiunt etiam fortuitò intervenientes. *d. l. ult. C. eod.* Item in testamento mulier testis esse nequit, in codicillis potest. *Speculat. tit. de testam. num. 83.* Item testamentum agnatione sui heredis rumpitur. *§. postumi supr. de exhered. liberorum.* Et dictum est *in t. quib. modis testam. infir.* Codicilli non semper rumpuntur per agnationem sui heredis. *l. 3. §. 1. & l. 8. §. si post & l. pen. D. h. t.* Ex quibus omnibus ad hunc modum expositis colligi potest definitio codicillorum nempe quod sint testatorum vel intestatorum quædam ultimæ voluntates nudæ, nullis juris solennibus subnixæ. Theophili autem & aliorum quorundam ista definitio nimis angusta videtur qua dicunt esse emendationem vel supplementum testamenti: pertinet enim duntaxat ad eos codicillos qui post testamentum sunt facti: atqui supra audivimus, non tantum post testamentum: sed etiam ante testamentum, imo etiam ab intestato fieri posse codicillos. Ad extremum sciendum est, testamentum inutile cui desunt solennia juris ne quidem valere tanquam codicillos: nisi testator hoc ipsum voluerit & jusserit. *l. 1. D. h. t.* quæ dici solet à Dd. clausula codicillaris, de qua cum sint multæ leges in jure nostro propria illius sedes est in *l. ult. C. h. t.* Ubi de ejus vi ac potestate prolixe disputant Interpretes: eaque hodie tam frequens est, ut nullum ferè fiat testamentum in quo illa non apponatur: sæpe etiam Notarij, more potius quodam, & dicis causa, quàm ex mente testatoris eam addere solent.

Quæ fuit sententia Bart. *ad l. 1. num. 10. D. de jur. codicill.* & aliorum qui eum secuti sunt.

Estque

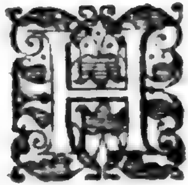
Estque valde favorabilis ista clausula; quia testamentum sustentat, facitque ut quis potius decedat testatus quàm intestatus. Verùm ea non habet vires, nisi in heredibus venientibus ab intestato: in extraneis non item. *Tessaur d. Decis. num. 5. & 15.* De hac clausula pluribus agendi locus hîc non est. Aliis tamen aliter visum, magis videlicet hanc clausulam censeri adscriptam de mandato Testatoris quàm ex ordinario stylo Notariorum: quæ verior & frequentior traditio etiam probatur *Ant. Thesauro Decis. 141. num. 3. Post Sim. de Prælis, Menoch. & Franc. Mantica.*



CON-

CONRADI RITTERSHUSII COMMENTAR. AD TIT. I. LIBRI TERTII.

DE HAEREDITATIBUS QUAE AB intestato deferuntur.



Æreditas duplex est: una, quæ ex testamento, & altera quæ ab intestato defertur. *§. ult. sup. per quas person.* Hæreditas sive successio ab intestato vocari etiam solet legitima, & interdum justa. *l. 2. §. 4. legitimi. D. de suis & legit. l. 1. §. 1. D qui pet. tut. l. 3. § 2. D. pro socio.* De hac ergo deinceps isto libro explicatur, cum de priore dictum sit. *sup. lib. 2.* Conferatur *tit. D. de suis & legit. cum tit. seq. item tit. C. de suis & legit. cum 3. titt. seqq. Ulp. tit. 26. Cajus lib. 2. tit. 8. itemq; tit. ult. in fragm.* vet. JCtorum editis à Petro Pithœo. Paulus denique *lib. 4. sent. tit. 8.* Cum autem nulla ferè juris nostri pars sit, quæ tanta varietate implicetur quanta hæc successionum ab intestato materia, ne illa nos perturbet, utile est jus vetus à novo diligenter hìc distinguere, itemque jus novum à novissimo. Jus vetus appello leges XII tab. Jus novum partim est ex JC. responsis, partim ex edicto prætoris, partim ex Constitut. Principum, partim denique ex SCtis. Jus novissimum, quo hodie utimur, est in *Nov. 22. 118. 127.* sed potiss. 118.

Primum igitur ea quæ in textu nostro sunt, breviter percurremus. Deinde iis absolutis, ea quæ hodie ex novissimo jure in successionibus intestatorū receptæ sunt, quasi in synopsi proponemus. Illud initio observare prodest, Jus civile, id est, ll. 12. tabularum in hac successione potissimS spectare rationem civilem, quæ est, tùm patria potestas tùm jus familiæ & agnitionis. Jus prætorium autem & Constitut. Impp. maximeque novissimum rationem naturæ & jus sanguinis. Primo tit. duo tractantur: 1. Quia hæc successio locum non habet, nisi prius constet intestatum aliquem decessisse. Quis ergo sit intestatus exponitur. 2. Primus ordo succedentium ab intestato, nimirum sui. Quæ vero admiscentur Bonorum possess. eorum explicationem melius videtur si reservemus suo loco, id est, ad tit. 10. Non enim confundenda est Bonorum possessio cum hereditate. Sunt enim duo distincti modi acquirendi. Intestatus ergo quis quatuor modis decedit, quos tamen Theophilus ad duos revocat, nimirum Facto & Lege. I. Qui nullum omnino fecit testamentum, intellige, cum quidem facere posset. Nam intestabilis, id est, qui testamenti faciendi jus non habet, ut filiusfam. in potestate impubes, Furiosus, prodigus, & alij, de quib. *sup. tit. quib non est permiss. fac. testam.* non rectè dicuntur mori intestati, cum privatio præsupponat habitum *arg. l. 116. D. de V. O.* Quamvis hi quoque pro intestatis habentur. *l. 1. in pr. vers. plane. D. de suis & legit.* Unde sæpè pupilli & liberi in potestate intestati dicuntur. *l. 2. §. 2. quæ a. de matre. l. ult. §. 3. 3. hæc autem. D qui petant tutor. l. 42. in fi. & l. 45. D. de*

vulg. & pupill subſtit. l. 2. §. ſi mater D. ad SC. Tertull. l. 1. in pr. C. de impub. & aliis ſubſtit. Sic Paulus *lib. 4. ſentent.* Inteſtati, inquit, dicuntur qui teſtamentum facere non poſſunt, qui locus citatur *in fragm. vett. ICtorum.* II. Inteſtatus dicitur qui fecit quidem teſtamentum, ſed non jure neque ut oportet fecit, id eſt, neglecto aliquo eorum juris ſolennium, de quib. *ſup. egimus lib. 2. tit. 10. & ſeq.* Quicquid enim contra leges fit, ipſo jure nullum eſt & pro infecto habetur. *l. non dubium. C. de ll.* Et paria ſunt, aliquid planè non facere, & non jure neque rectè facere *l. 6. D. qui ſatisd. cog. l. 2. D. de auct. tut.* III. & IV. Inteſtatus dicitur qui teſtamentum quidem fecit, & jure riteque fecit, verùm quod poſtea infirmatum eſt, id eſt, vel ruptum & irritum factum, vel deſertum ac deſtitutum, quod quibus modis contingat ſup. expoſitum eſt *tit. quib. mod. teſtam. infirm.* Ubi & hoc diximus, Teſtamentum, ex quo nemo extiterit hæres, appellari deſtitutum & deſertum. *§. cum a. quæritur. & §. ſeq. inf. h. t. §. quantitas in fi. ſup. de L. Falcid.* ad quem quartum modum pertinet etiam *l. 64. D. de V. S.* Et hic non impropriè dicitur inteſtatus deceſſiſſe, cum primus propriè dicatur inteſtatus. *d. l. 1. D. de ſuis & legit.* Notanda eſt autem differentia inter duos priores & duos poſteriores modos. Nam in illis inteſtatus quis dicitur ſtatim à morte: in his verbum inteſtati non refertur ad tempus mortis, ſed ad id, quo teſtamentum infirmatur vel deſeritur. *l. 9. § 2. ſi filium. D. de liber & poſtum.*

Ad §. 1. Inteſtatorum.

Dictum eſt de perſonis, quibus ab inteſtato ſuccedatur, quod caput generale eſt ad totam hanc materiam: ſequitur alterum caput de perſonis ſcil. quæ ab inteſtato ſuccedant. Earum jure civili duo ſunt ordines, ſuorum ſcil. & agnatorũ: jure prætorio quatuor. Liberorum, legitimorum, cognatorum, viri & uxoris. Jure Novellarum tres, Deſcendentium ſive liberorum, Aſcendentium, i. e. parentum: Transverſalium ſive collateralium, id eſt, agnatorum & cognatorũ. Videamus g. primum de ordinib. ſuccedentium ex jure civili. Inter hos primum locũ obtinent ſui hæredes, quib. ex L. 12. Tab. hæreditas refertur, de quib. hoc tit. explicatur. Verba ejus L. 12. Tab. refert Ful. Urſinus *in Not. ad A. Auguſtin. de ll.* patriſfam. que iendo teſtato mor tur, queiq; ſouos heres nec eſcit, agnatos proxſumos familiam pequniamq; habeto. Sic ferè & Hotom. *in partit. jur. civil.* Extant & apud Ulp. *d. t. 26. & in frag. vett. ICtorum tit. ult.* Sed utrobiq; corrupta. Ratio, cur primi ſint ſui hæredes, eſt ex ipſa natura, quæ parentum hæreditatem liberis addicit *l. 7. D. de bon. damnat.* Imò liberos ad bona parentum natura ſimul & parẽtum commune votum admittit *l. 7. in fi. D. ſi tab. teſtam. nullæ ex tab. unde liberi. l. 15. D. de inoffic. teſtam* Et liberi quando parentib. ſuccedunt penè ad propria bona venire dicuntur. *l. 1. §. largius. 12. D. de ſucceſſor. edicto.* Nam & vivis parentib. quorum in poteſtate ſunt, quodammodo quaſi domini rerum ſunt. *l. 11. in ſuis. de lib. & poſtum* Ut a. prætor aliàs ſolet ſubſequi jus civile, ita & hìc facit in danda bonorum poſſeſſ. tàm contra tabulas quàm ab inteſtato unde liberi. *l. 1. §. 5. rectè autem. D. ſi tabulæ teſtam. nullæ ex tab. l. 1. §. 1. D. de bon. poſſeſ. cont. tab.* Eſt & altera ratio, ſed civilis, Quia ſui hæredes etiam vivis parentibus quodammodo domini ſunt adeò ut hoc dominium poſt mortem parentum in ipſos cõtinuetur, & non

tàm

tàm hæreditatem percipere quàm liberam bonorum adminiſtrationem conſequi videantur. *l.11.D.de liber & poſtum.*

Ad §. 2. Sui autem hæredes.

Explicatur hîc Quis ſit ſuus hæres. Breviter, ſuus hæres eſt, qui in poteſtate eſt, & quidem proximus eo tempore, quo moritur is, de cujus ſucceſſione quæritur, vel quo ejus teſtamentum infirmatur: de quo quia ſatis *d.ſup. ad tit. de hæred.qualit. & differ.* ne actum agamus eò vos remittimus.

Sunt autem liberi vel verè ſui: vel ſuorum loco habentur, ſive inter ſuos vocãtur. Verè ſui ſunt tàm adoptivi quàm naturales, id eſt, ex juſtis nuptiis procreati, *ut hîc verſ.nec intereſt.* Adoptivi enim in plerisque juris articulis eodem jure fruuntur quo naturales §.*in plurimis.ſup.de adopt.* Item tam ſecundi gradus quàm primi, id eſt, tam nepotes ac pronepotes & cæteri quàm filij, ſi ſcilicet anteriores è poteſtate exierint. Nam ſuum hæredem non ſolum in poteſtate morientis, ſed & proximum eſſe oportet. Proximus autem eſt quem nemo præcedit. *l.92.& l.155.de V.S. l. 2. §.4. legitima. D. de ſuis & legit.l.1.§.5.D unde cogn.l.34.in pr.D.de vulg.& pupil.ſubſtit.l.10.D.de reb.dub.* Denique tàm nati quàm poſtumi *verſ.poſtumi quoq;* Suorum loco habentur & inter ſuos vocantur. 1. Legitimati ex Conſtit.Principum. 2. Emancipati, quos jure civili incognitos prætor admittit, bonorum poſſeſſione ipſis data, de quibus eſt §.*Emancipati.inſ.h.t.* 3. Liberi in bona matris inteſtatæ, &c. *inf.de SCto Tertull.* Quæ autem hîc de liberis legitimatis afferuntur ea jam ſupra ſunt expoſita. §.*ult.tit.de Nupt.vid. & l.4. l 10. & l. pen.C de natur.liber.* Itemque *Nov 97.quib.mod.natur.effic.ſui.* Illud tantum addo, Quamvis per legitimationem, quæ fit per ſubſequens matrimonium, jus civile requirat inſtrumenta nuptialia ſeu tabulas matrimoniales: tamen jure Pontificio ea non eſſe neceſſaria: de quib.vid.Covar. *in relect.2.part.de Matrimon. cap.8. num.8.*

Ad §. 3. Sui autem hæredes ſiunt.

Jus ſuorum hæredum hîc exponitur, quod eſt, ut ſuis hæredibus ipſo jure etiam ſine aditione hæreditas acquiratur ut hîc & *l.14.in ſuis.D.de ſuis & legit.* Si ipſo jure, ergo & ignorantibus & abſentibus, & furioſis ſine conſenſu curatoris, & pupillis ſine autoritate tutoris: qua ipſis aliàs opus eſt in hæreditate extranei adeunda §.*neq; ſup.de aut.tut.l.8.more.& l.pupillus.D.de acq.hæred.*

Notanda eſt autem hîc regula, Quæ ignorantibus nobis acquiruntur, eadem & furioſis acquiri poſſe. Furioſus enim ignorãti & dormienti & abſenti propter inopiam rationis comparari ſolet paſſim *l.12.ſi à furioſo D.ſi cert.pet. l.24. ſi à furioſo.& l.45.furioſus.D.de O.& A.l.124. D de R.I.* Unde ſi ſui hæredes deceſſerint, ſtatim antequam ſibi delatam hæreditatem reſciverint, transmittũt eam ad ſuos hæredes. *l.8.D.de ſuis & legit.* Imò etiam invitis ſuis acquiritur hæreditas: Qua de cauſa ſui & neceſſarij quoque appellari ſolent, *ut ſup.d.ad tit.de hæredum qualit. & differ.* Quamvis prætor ipſis det facultatem abſtinendi, ut ibi *d. & l.57. neceſſarij.D.de acq.hæred.*

(Observandum hîc obiter, Furiosum & infantem hæredes ab extraneo institutos, acquirere posse hæreditatem per curatorem & patrem vel tutorem. *l.* 18. *si infanti. C. de jur. delib. l. ult. C. de curat. furiosi.* Quod olim non poterant. *l. 90. per curatorem. D. de acq. hæred.*)

Ad §. 4. Interdum autem & §. 5. Per contrarium.

In definitione sui hæredis dictum est, Esse eum qui tempore mortis fuerit in potestate defuncti. Id non esse perpetuum hîc docetur. Nam interdum contingit, ut & is qui non fuit in potestate tempore mortis, postea tamen fiat suus hæres: & interdum contrà accidit, ut non sit solus hæres qui tamen in potestate tempore mortis fuit. Prioris exemplum est in eo filio, qui tempore mortis paternæ erat captus ab hostibus & tandem post mortem patris in civitatem revertitur. In eo enim jus patriæ potestatis & suitatis non tàm sublatum fuit quàm in suspenso: quod per postliminium recipit, ut & alia jura omnia, quasi nunquam fuisset captus: de quo & *sup. d. §. si ab hostib. Quib. mod. jus pot. solu. l. 9. captum. C. de postliminio reversis.* hoc tribuit legi Corneliæ. Sed distinctæ sunt fictiones postliminij & Legis Corneliæ: Illa locum habet in reverso: hæc in mortuo apud hostes (nisi forte ibi intelligamus patrem quoque captum apud hostes decessisse.) Huic simile est quod supra dicebatur de postumo. Nam is quoque pro jam nato habetur. *l. 5. & l. pen. D. de statu hom.* Alterius exemplum est in filio ejus, qui post mortem perduellionis damnatus est. Ratio est, Quia cui fiscus succedit suum hæredē habere non potest. ut hîc. Sciēdum est autem cum pleraque omnia crimina morte reorum extinguantur *l. 3. D. de publ. jud. & toto tit. C. Si reus vel accusator mortuus fuerit:* In quibusdam tamen propter eorum atrocitatem reum etiam post mortem accusari, & ejus memoriam damnari posse bonis publicatis: Qualia sunt repetundarum, majestatis ac perduellionis *l. 20. ex judiciorum. D. de accusat. l. ult. D. ad Leg. Iul. majest. l. pen. 7. meminisse. C. eod. l. 6. si quis filio. §. 11. sed ne eorū quidem. D. de injusto rupto.* Notandus est igitur hic casus, quo filij successione parentum privantur, etiam sine sua culpa. Cujus ratio est *in d. l. 5. C. ad L. Iul. majestat.* Quia paterni, id est, hæreditarij criminis exempla in ipsis metuuntur: *de quo plura inf. ad tit. de pub. jud.*

Ad §. 6. Cum filius.

Si conveniant liberi diversorum graduum, id est, filij cum nepotibus & pronepotibus, hi pariter ad hæreditatem avi vel proavi vocantur, neque is qui casu proximior est remotiores excludit. Hæc enim regula tantum in ascendentibus & transversalibus locum habet, quę vis nec ibi sit perpetua ut infra dicetur. Nepotes igitur & cæteri in patris sui locum succedunt, & tantundem accipiunt, quantum ille si vixisset, habiturus erat: Quod vocatur vulgo jus repræsentationis. Ratio est æquitas naturalis, ut hîc in verb. æquum est. Idque in descendentibus in infinitum habet locum, in collateralibus non item, ut inf. dicam. Fit ergo inter illos divisio hæreditatis non in capita, sed in stirpes. Est a. divisio in capita, quando tot fiunt portiones quot sunt personæ succedentium, ut singuli singulas sive viriles & æquales auferant. Ulpian. *tit. 26. §. 3. agnatorum.*

Ei in

Ei in jure opponi solet divisio seu successio in stirpes, quando nulla habita ratione vel multitudinis vel paucitatis capitum seu personarum, tot fiunt portiones quot sunt stirpes, ita ut quælibet stirps sive multi sive pauci inde descendant, suam partem ferat & inter se distribuat. Ejusdem distributionis infra quoque fit mentio *§. ult. h. t. & in l. 2. C. de suis & legit.* Ubi in capita succedere vocatur pro virilibus portionibus succedere. Aliud est in collateralibus V. G. Si fratrum aut sororum liberi concurrant cum patruis & avunculis. Hîc enim divisio non fit in stirpes, sed in capita *§. hoc etiam infr. tit. prox.* De quo ibi dicetur.

Ad §. 7. Cum autem quæritur. & §. seq. Et licet.

In definitione sui hæredis non semper tẽpus mortis, ut sup. d. sed etiam tempus hæreditatis delatæ spectatur; quando certum est aliquem intestatum decessisse. Id quomodo fiat hîc declaratur, & *l. 1. § 8. Sciendum. D. de suis & legit.* Finge: Testator filium exhæredat & alium instituit. Is dum deliberat hæreditatem adeundam esse an deserendam, filius moritur, relicto nepote. Postea hæres scriptus non adit hereditatem. Nepos igitur testamento deserto suus hæres fit auo, qui non erat tempore mortis, cum eum præcederet filius. *Vid. & l. 6. in pr. D. de injusto rupto. l. ult. D. de cond. instit.* Sed oportet ut nepos ille vel natus jam sit vivo auo, vel certè conceptus *l. 6. Titius & l. seq. D. de suis & legit. & hîc vers. Et licet post mortem.* Si vero ne quidem conceptus fuerit vivente auo, tum neque legitimam ejus hæreditatem consequi potest quia suus hæres ipsi nõ est, cum ne initium quidem potestatis unquam fuerit, neque bonorum possessionẽ habet tanquam cognatus, quia non fuit ipsi cognatus. Et hoc est quod Imp. ait, quod nullo jure cognationis avum suum attingat, *ut hîc vers. planè. d. l. 6. & 7.* Nõ prohibetur tamẽ hic nepos post avi mortem cõceptus petere bonorum possess. contra tabulas liberti aviti *l. 47. §. pen D. de bon. libert.* Ubi Paulus responsum Juliani allegat, quod est in *d. l. 6.* Etsi enim avo nec suus est hæres, nec cognatus, tamen liberti aviti est patronus. Quemadmodum autem nepos post avi mortem conceptus non est ipsi suus hæres aut cognatus: Ita neque is, quem filius emancipatus adoptat, ullo jure avum attingit. Cum enim non fiat ei cognatus *arg. l. 23. D. de adopt. & l. 12. §. ult. D. de ritu nupt. l. 1. §. 4. D. unde cogn.*

Ad §. 9. Emancipati.

Sui hæredes sunt, ut huc usque dictum, liberi qui in potestate sunt, & hi soli in primo ordine à XII. tab. ad successionem vocantur. Ergo qui in potestate esse desierunt, ut emancipati, non sunt sui hæredes: neque igitur à jure 12. tab. ad successionem admittuntur non etiam in secundo agnatorum ordine amplius manent. Agnatio enim quæ civilis est, ut & familia per emancipationem tollitur *§. ult. supr. de legit. agn. tut.* Sed quia tamen per emancipationem, utpote civilem rationem, non potuit tolli ratio naturalis, neque effici quo minus hi sint liberi, prætor æquitate illa motus dat ipsis, sive soli sint, sive cum suis, id est, liberis in potestate bonorum poss. unde liberi. De qua est tit. *in D. & C. unde liberi.*

Sed ut supr. admonui, jam non de bon. possess. verum de hereditate agimus. Obiter tamen id attigit hîc quoque Imp.

Ad §. 10. At hi qui.

Quod dictum est, Emancipatos cum suis admitti beneficio Prætoris, Id tàm diu verum est, donec non dederint sese alteri arrogandos. Tunc enim non amplius ad bona patris sui naturalis admittuntur, ne quidem ex jure prætorio. Prætoris enim auxilium cum sit extraordinarium, non datur ijs quibus jure civili & ordinario prospectum est, *arg. l. 16. in pr. D. de minor.* Ut hîc consultum est arrogatis in bonis arrogatoris, dummodo in ejus familia perpetuò manserint. Quod si ab hoc quoque patre adoptivo emancipati sint, quantum quidem ad successionem extranei ipsi sunt (Aliud enim est in nuptijs §. *Ergo. supr. de nupt. l. 14. D. de rit. nupt.*) atque ad Patris naturalis bona revertuntur, quasi nunquam fuissent adoptati; si quidem eo vivo emancipatio fiat. Sin vero illa fiat post mortem patris naturalis, ab utriusque successione excluduntur, sive ad neutrius bona admittuntur. Non ad patris adoptivi, Quia omne jus per adoptionem quæsitum emancipatione dissolutum est, adeò ut & nomẽ liberorum amittant §. *minus in fi. infr. h. t. l. 1. §. 6. liberi & l. 4. D. unde liberi.* Non etiam ad patris naturalis, Tum quia jus, quod ejus agnatis semel quæsitum est, non debet ipsis auferri *arg. l. 11. D. de R. I.* Neque debet pendere ab arbitrio patris adoptivi, quosnam velit succedere patri naturali *arg. l. illa institutio 43. & l. si quis Sempronium. D. de hared. instit.*

Id quod hîc fieret. Nam pater adoptivus si filium adoptivum perpetuò in sua familia retineret, locum daret agnatis *l. 1. D. Unde legitimi.* Sin emanciparet, agnatos excluderet (Est & illa ratio, Quia prætor non consulit nisi ijs, qui tempore mortis in potestate non fuerunt: non ijs qui post mortem esse desierint: sequitur enim jus civile, &c. Sed quia hoc durum erat, ut sine sua culpa utriusque patris bonis filius iste careret, à Justiniano correctum est, ut infra apparebit *ad §. sed ea omnia h. t.*

Ad §. 11. Minus ergo.

Ex supra dictis colligitur differentia inter liberos emancipatos à patre naturali & emancipatos à patre adoptivo, ista nimirum quod hi omnimodo perdant jus & nomen liberorum tàm jure prætorio quàm jure civili: Illi vero civili quidem jure perdant: naturali vero retineant, & proinde à prætore juventur Ratio hîc in textu, & ex supr. dictis jam satis intelligitur. Ex hac sequitur & altera differentia; quod illi à prætore adiuvantur per bonorum possess. hi non juvantur. Excipitur nepos ab avo suo naturali in locum filij adoptatus secundũ §. *licet. supr. de adopt.* Is enim etiam post emancipationem avi & patris adoptivi ad ipsius bona admittitur *l. 2. §. 6. liberi. D. ad SC. Tertull.*

Ad

Ad §. 12. Eadem hæc.

Audivimus, Emancipatos, quàm diu sunt in adoptiva familia, juris habere in bonis patris naturalis intestato mortui: An ergo, si is testamentum fecerit, in quo ipsos præterierit, habebunt contra id testamentum bonorum poss. contra tab? ℞. Imp. ne hanc quidem habebunt, Quia ut bonorum possess. unde liberi, ita etiam contra tabulas non datur nisi ijs liberis, qui vel in potestate fuerunt, cum pater moreretur, vel extra potestatem; non autem ijs, qui in potestate fuerunt patris adoptivi. Hi enim succedunt patri adoptivo jure civili. Prætor autem non consulit ijs, quibus jure civili satis consultum est, *ut supr. d.* Quid si pater adoptivus post emancipationem fecerit testamentum, & in eo prætermiserit eosdem? ℞. Multo minus contra hujus testamentum habebunt bonorum possess. contra tabulas, cum non habeant eam contra testamentum patris naturalis *l. 1. §. 6. & sui. D de bonor. poss. cont. tab.* Ratio *hîc in textu*: Sed jam non agimus de bonorum poss. neque de successione testatorum, sed intestatorum.

Ad §. 13. Admonendi.

Etsi liberis emancipatis à patre adoptivo post mortem patris naturalis neque bonorum possessio unde liberi, datur ad bona intestati, neque contra tabulas ad bona testati, ut modo dictum non tamen putare debemus, eos penitus à bonis patris sui naturalis esse exclusos. Habent enim possess. bon. unde cognati, Id est, tertio demum ordine admittuntur, si nulli sint sui hæredes defuncto, nulli etiam agnati. Ratio est, Quia cognationis jus, quod est naturale, etiam post emancipationem & adoptionem retinuerunt in familia patris naturalis *l. 1. §. 4. cognationem. D. unde cognati.*

Ad §. 14. Sed ea omnia.

Quæ hucusque ex jure veteri de liberis adoptivis dicta sunt, Ea nonnihil immutavit Just n *in l. pen C. de adopt.* Qua de re jam *supr. d. est ad §. sed hodie tit. de adopt. lib. 1. & § adoptivi. supr. de ex hæred. lib.* Summa eorum, quæ sunt hujus loci propria, hæc est, liberos adoptivos ab intestato succedere utrique tàm patri naturali quàm adoptivo. In bonis vero patris adoptivi, si is testamentum faciat, nihil juris eos habere, si hæredes ab eo non instituantur. Potest autem pater adoptivus pro suo arbitrio vel instituere eos, vel non instituere eos. Excipitur adoptatus à parente aliquo naturali. Ratio Exceptionis, quia hîc duo vincula concurrunt, naturale & civile, *ut sup. de dictis locis exposuimus.* Quod autem Jac. Revardus in lib. de autor prud. cap. 6. putat hîc legendum esse, Ex Sabinianorum sententia ex tribus emancipationibus pro illis verbis ex Sabiniano SCto ex tribus maribus (quæ contendit ipse olim scripta fuisse notis, quæ ansam errori præbuerint) recipiendum non est. Nam & *in d. l. pen. C. de adopt.* eodẽ modo ut hîc legitur. Videtur autem ex SCto Sabiniano ei qui cum tres liberos haberet mares, unum ex illis adoptandum dedisset, tale quoddam privilegium tributum esse, ut quarta omnium bonorum patris adoptivi huic filio daretur: sicut & arrogatus ex bonis arrogatoris quartam consequitur constit. Divi Pij, *ut supr. d. ad tit. de adoption.*

Ad

Ad §. 15. Item vetustas. & §. ult. Sed nos.

Priori juris veteris correctioni subjungitur & altera: nimirum quoad differentiam inter nepotes & neptes ex filio & ex filia. Veteri enim jure hæc erat inter illos differentia, ut nepotes vel neptes ex filio primo ordine succederét, i.e. tanquam sui & liberi : Ex filia vero tertio demum ordine cognatorum scilicet vocarentur. Ratio Diff. erat, Quia qui ex filia nascuntur non sunt sui heredes avo materno, cum non in ipsius, sed patris sui potestate nascantur §. *ult. in fi. sup. de patr. pot. l. 106. §. 1. D de V. S.* Sed neque jure prætorio succedunt per possess. Unde liberi propter rationem supra d. Quia prætor non dat auxilium suum extraordinarium illis, qui habent ordinarium remedium, *ut hic* isti ex filia nati habent.

Vocantur enim ad hæreditatem patris vel avi sui paterni jure civili: neque etiam secundo ordine, agnatorum scilicet succedunt, quia non sunt avo materno agnati, cum non sint in ipsius familia sed tantum sint cognati. Quocirca tertio demum, ut dixi, ordine vocantur post suos & post agnatos. Ut ergo in alijs Juris articulis, ita & hîc deterior est conditio fœminarum & eorum, qui ex illa nati essent, conditio quàm masculorum: secundum *l. 195. & l. 220. D. d. V. S.* Deinde quia etiam secundum Philosophos mares sunt digniores & præstantiores fœminis & quoad Reipub. administrationem & quo ad patriç defensionem, & proinde etiam in præmijs potiores partes ferre debent. Sed hoc jus quia iniquũ & contra naturã visum fuit (Æquè enim quoad naturam nepotes & neptes sunt ac dicuntur itemque pronepotes, qui ex filia atque qui ex filio nascuntur) prictum à Valentiniano, Theodosio & Arcadio: deinde etiam à Justiniano corremum est. Illorum correctio hujusmodi est, ut nepotes & neptes ex filia, si concurrant cnm natis ex filio, utrique primo ordine succedant avo & aviæ suæ, sed cum diminutione tertiæ partis, quam accipiant nati ex filio: Sin cõcurrant cum agnatis, dent illis quartam partem hæreditatis, quasi quandam Falcidianam, ut Impp. loquuntur, reliquam ipsi habeant. Cum ergo jus repręsentationis, de quo suprad. olim ex XII. tab. tantum haberet locum in nepotib. & cæteris ex filio, non autem ex filia: Imperatores etiam ad hos illud produxerunt, *ut hic vers. Et quemadmod.* Cur autem cum diminutione aliàs tertiæ, aliàs quartæ partis succedant, ratio est, Quia non omninò negligendi omnique suo jure defraudandi visi sunt, quos jus vetus tantopere præferebat illis ex filia, sed adhuc aliquid saltem eis aspergendum. Et nepotibus quidem ex filio plus quàm agnatis, quia propius attingunt defunctum, hæc *in l. 9. C. de suis & legit.* quæ sumpta est *ex l. 4. C. Th. de legit. hered.* Ejusque juris mentio fit etiam in *l. 19 de collat.* Justiniani emendatio talis est in *l. ult. C. d. t.* ut nepotes & pronepotes ex filia concurrentes cum defuncti agnatis, (id est, Materteris & avunculis suis) planè eos excludant, & quartam illam, quam ex Constit. anteriorum Impp. illis debebant, non amplius ipsis dare cogantur. Rectè igitur Tribonianus in *d. l. 9.* omisit ea verba, quæ de quarta agnatus danda loquebantur, quæ extant *in d. l. 4. C. Th.* Et hoc est quod ait Imp. se segregâsse illam constit. à Cod. suo, neque concessisse ut ei insereretur ex Th.

Intel-

Intellige quoad clausulam de quarta, quam dixi. Ratio, quæ Justin. movit, indicatur hic illis verbis Ne ij, qui ex transversa linea veniunt, id est, agnati, potiores hîc habeantur ijs, qui recto jure descendunt, id est, nepotibus & pronepotibus, quasi dicat: Quàm diu sunt ex primo gradu qui succedere possunt, non debent admitti qui sunt in secundo & ulteriori. Porrò distributio hæreditatis inter filios & nepotes ac pronepotes ex filia hîc quoque perinde ut supr. debet fieri in stirpes, non in capita, sive pro virilibus portionibus, ut ait *l. 2. C. de suis & legit.* Tandem Justinianus etiam tertiæ deminutionem sustulit, quæ nepotibus ex filio danda erat à nepotibus ex filia *Nov. 18. & 118.* Ut ita utrique jure novissimo æqualiter succedant: de quo pluribus infra. Summa igitur juris novi de nepotibus ex filia hæc est: I. Quod succedant primo ordine cum nepotibus ex filio & excludant agnatos. II. In utrisque locus est juri repræsentationis. Nam ut nepotes ex filio in patris sui, ita nepotes ex filia in matris locum succedunt. III. Inter utrosque distributio fit hæreditatis in stirpes & non in capita.

AD TIT. II. DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Congruit tit. D. De suis & legit. hæred. & tit. C. De legit. hæred. Rectè autem conceptus est tit. de legitima agnatorum successione. Sunt enim plures successionis legitimæ sive ab intestato species: *Vt sup. tit. præced. d.* Secundus igitur Ordo succedentium ab intestato hic exponitur, qui est agnatorum proximorum. Agnati autem etiam legitimi dici solent, ut *in tit. D. de suis & legit. & tit. C. de legit. hæred.* Nam si is qui intestato mortuus est, nullos reliquit suos hæredes, neque etiam eos, quos prætor inter suos vocat, id est, liberos emancipatos, neque eos, quos Constit. vocant inter suos, id est, nepotes vel neptes ex filia, neque pronepotes ex nepte, de quibus supra tit. *1.* dictum. Hæreditas secundo loco defertur agnatis ex *l. 12. tab.* & quidem proximis, si plures sint agnatorum gradus *l. 1. §. post suos & l. 12. D. de suis & legit. Caius & Paulus in frag. vet. Iurisconsultorum: Vlpianus item tit. 26.* Quod tamen per Nov. nonnihil immutatum est, ut infra dicam Sciendum est igitur. I. Quis sit agnatus. II. Quis sit prox. agnatus, & quo tempore proximitas illa spectetur: quæ hoc titulo ordine explicantur. In §. *ult.* obiter adspergitur etiam de successione legitima patris in bona liberorum emancipatorum.

Ad §. 1. Sunt autem agnati.

Definitio agnatorum repetitur *ex §. 1. supr. de legit. agn. tut. & l. 2. §. 1. D. de suis & legit.* Breviter agnati sunt cognati per virilis sexus personas cognatione juncti: His opponuntur cognati in specie dicti, qui per fæminas conjunguntur, item agnati qui capite minuti sunt *ut infr. tit. 5.* Sciendum enim cognatos aliàs generaliter dici omnes propinquos sive sanguine junctos tàm naturaliter & civiliter simul quàm altero tantum modo: aliàs cognatos specialiter dici qui nobis natura sunt conjuncti, non a. jure civili, ut qui conjunguntur per fæminas & qui agnati esse desierunt per capitis diminutionem. Unde apparet, agnationē

esse aliquid merè civile, ad conservationem scilicet familiarum, quæ per mores fit, constitutum. Cognationem autem esse naturalem & omnes qui nobis agnati sunt esse etiam cognatos, sed non contrà *l. pen. in pr. D. unde legit.* Inter agnatos igitur in linea transversali (nam & in linea recta sui rectè dicuntur agnati, ut Cujacius hîc docet contra Hotomannum *lib. 1. obser. cap. 16.* primi sunt fratres ex eodem patre nati, sive eandem habuerint matrem (qui græcè ἀμφιθαλεῖς vocantur) sive diversas: utrique enim cōsanguinei dicuntur. Nam illud verbum à JCtis ad illam significationem est restrictum *ut hic §. post suos. l. 2. D. de suis & legit. Vlpianus. Cajus & Paulus. d. tit. ult.* Quomodo & *Virgil. 6. Aeneid.* utitur Et consanguineus leti sopor, i. e. κασίγνητος; cum aliàs sit generale ut omnes ὁμαίμους, id est, omnes eos complectatur qui sanguine interſe sunt conjuncti. Est igitur jus consanguinitatis species quædam agnationis §. *Vulgo quæsitos. infr. de succeß. cogn.* Et proinde in quos non cadit agnatio, ut in vulgo quæsitos, in eos neque consanguinitas *d. §. vulgo quæsitos.* Erant olim inter agnatos etiam gentiles, sed eorum jus cum sit obsoletum, supervacuum est de eo curiosè disputare, *teste Cajo & Vlp. in frag. vett. Iurisconsultorum.* Notandum est autem veteres JCtos separasse consanguineos ab agnatis *l. 2. in pr. D. de suis & legit. l. 4. D. unde cognati.* Leges XII. & Impp. eos conjunxisse. Sunt autem fratres ex eodem patre inter se consanguinei & agnati sive vivo patre, sive post ejus mortē editi sint, *ut hic verſ. Ii etiam & l. 6. D. de suis & legit.* Secundò agnati sunt inter se patruus & fratris filius. III. Agnati sunt fratrum filij, id est, fratres patrueles sive consobrini, *ut hic & §. quarto gradu infr. de grad. consangu.* Quanquam consobrini propriè dicuntur duarum sororum liberi: Et ulterius quoque agnatorum gradus extenduntur, qui quomodo sint supputandi *infr. dicetur ad tit. 6.*

Ad verſ. Non tamen omnibus.

Duo hîc dicuntur, I. Si plures sint agnatorum gradus non omnibus simul dari hereditatem, sed ijs qui in proximiore sunt, exclusis remotiorib. II. Proximū spectari eo tempore, quo certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse, quę hîc obiter interjecta latius infra explicabuntur *in §. si plures & §. seq.*

Ad 2. §. Per adoptionem.

Quemadmodum jus sui non solum ex procreatione sive natura oritur, verum etiam ex adoptione sive ex jure civili, itemque ex legitimatione: Ita & jus agnationis, *ut hic & l. 1. §. ult. l. 2. §. 3. parvi. D. de suis & legit.* Nam si quis, cum filium habeat in potestate ex justis nuptijs procreatum, adoptet alium, hic filius adoptivus alteri filio naturali fit agnatus & consanguineus. Ratio tamen dubitandi est, quia adoptio non tribuit jus sanguinis *l. 23. D. de adopt.* Est enim adoptio civilis, cum jus sanguinis sit naturale *l. 8. D. de R. I.* Ratio decid. propterea non dicuntur isti propriè consanguinei, sed impropriè tantum, *ut hic ait Imp.* Sic & cognationem facit adoptio. Adoptatus enim ijsdem fit cognatus quibus agnatus *l. 1. §. 4. Cognationem. D. unde cogn.* Quæritur hîc de legitimatione, an etiam illa jus agnationis afferat ut adoptio. Et de jure suitatis certum est *ex §. ult.*

ult. supt. de nupt. De agnatione dubitari potest, præsertim in illa legitimatione, quæ fit per rescriptum Princ. Sed tamen per hanc quoque jura agnationis tribui verius videtur: olim & in manum conventio tribuebat jus agnationis: de quo alibi diximus.

Ad §. 3. Cæterum inter.

Olim inter agnatos mares & fœminas hæc erat differentia quo ad successionem, per mediam Jurisprudentiam *Paul lib. 4. tit* 8. id est, legem Voconiam introducta: ut illi etiam in longissimo, id est, decimo gradu essent, tamen succedere possent jure agnationis: hæ vero tantum in secundo gradu, i. e. si consanguineæ sive germanæ essent, hoc est, sorores defuncti ex eodem patre, non autem ulterius. Mediam Jurisprudentiam vocat Imp. quæ est ex Interpretatione Prudentum & alijs ll. post XII. tab. latis sive rogatis. Hoc autem loco intelligenda est lex Voconia *teste Paulo lib. 4. Sent. tit.* 8. Hoc jus cum primum correxissent prætores, data fœminis agnatis ultra consanguineas bonorum possess. Unde cognati: Justinianus tandē eam differentiam planè sustulit & constituit, ut omnes agnati utriusque sexus eodem modo ad successionem ab intestato vocentur etiamsi lōgissimo gradu, id est, decimo sint remoti, servata tamen gradus prærogativa, i. e. ut proximior agnatus remotiorem excludat *l. pen. C de legit. hered.* Cujus etiam mentionem facit *in l. ult. C. eod. tit.* Ratio juris veteris, quod extat *apud Caium, Vlp. & Paulum in fragm. Vett. IC. in d. t. ult. & in l. 3. C de legit. hered.* hic redditur in verb. Quia commodius videbatur, &c. quæ jam supra à nob. expres. *ad t. praeced.* Mares enim sunt columen familiæ, & proinde plus commodi percipere debent ex successionib. Ratio porrò, Cur prætores darent fœminis agnatis bonorum possess. Unde cognati, est: Ut iniquitatem & asperitatem juris civilis more suo corrigerent & quod deerat supplerent. De quo prætorum officio *d. sup. lib. 1. tit. 2.* Ratio denique Justin. est: Quia fœminæ æquè sunt cognatæ atque mares & à natura æqua lance cum masculis constitutæ. Natura enim marem & fœminam mutuis auxilijs indigere voluit *d. l. pen.* 2. Quia neq; lex 12. tab. discrimen faciebat sexus, sed ex æquo mares & fœminas admittebat, quod & Paulus testatur tùm *in fragm. d. loco, tùm lib 4. Sent. tit. 8.* Ubi sic legendum monuit Giphanius, Cæterum lex XII. tab. nulla discretione sexus agnatos admittit, ubi vulgo Cognatos: sicut paulo ante verb. successiones delendum esse idem monet. Hanc igitur simplicitatem legibus amicam ut aliàs ita & hìc Imp. sequi voluit, cum præsertim per prætorem nondum satis succursum esset illa bonorum possessione unde cognati fœminis data. Ad eam namque non admittebantur nisi deficientibus agnatis & cognatis proximioribus.

Ad §. 4. Hoc etiam addendum.

Dictæ *l. pen. C de legit. hered.* duæ sunt partes, quarū in priore jus vetus 12. tab. revocavit, ut modò d. In altera jus planè novum constituit, cujus summa hìc refertur, nimirum ut filius & filia sororis æquè succedat avunculo suo ac filius vel filia fratris succedit patruo, si videlicet defunctus non reliquit superstites fratres & sorores. Atque ita unum gradum cognationis transtulit Justin. ad

 suc-

successionem legitimam, *ut hîc* dicitur, id est, in ordinem agnatorum. Exempli gratia: Sempronius, de cujus intestato defuncti hæreditate quæritur, reliquit liberos ex Seio fratre prædefuncto, quorum ipse patruus est, & ex Titia item sorore liberos, quibus est avunculus. Quæritur ergo, an liberis fratris, an vero sororis, an utrisque simul deferatur hęreditas. Et quidem jure veteri liberi fratris, utpote agnati, excludebant à successione liberos sororis ut cognatos. Agnatorum namque ordo præcedebat ordinem cognatorum. Sed novo jure Justin *in d. l. pen. §. 1. C. de legit. hered.* simul succedunt. Si verò defunctus præter fratris & sororis præmortuorum liberos etiam fratrem vel sororem reliquisset, isto jure frater vel soror præferebatur fratris sui liberis, utpote illis proximior, *ut hîc in vers. scilicet ubi frater. l. 3. & d. l. pen. C. de legit. hæred. l. 3. §. si duo. D. de legit. tutor.* Dixi, Isto jure, scilicet novo. Nam jure novissimo, de quo infra separatim, utrũque mutatum est *per Nov. 118.* Primum enim discrimen agnationis, quod Justin. *in d. l. pen.* tantum inter fratrum & sororum liberos, non autem ulterius sustulerat, *in d. Nov.* penitus sustulit. Secundo, constituit, ut liberi fratris non amplius excludantur à patruo, id est, defuncti fratre, sed unà cum eo admittantur, si modò ex utroque parente defuncti frater sit *Auth. Cessante. C. de legit. hered.* qua de re infra latius.

Quæritur autem quomodo dividenda sit hæreditas inter fratres patrueles & consobrinos? Et respondet Imp. hîc, in capita, non in stirpes *ex l. 2. §. 2. D. de suis & legit. d. l. pen. in fi. C. de legit. hæred. Caius & Paul. in frag. vet. Iurisconsultor. §. ult.* Cur in capita & non in stirpes, *ut supr. tit. 1.* Ratio differentiæ est, Quia hîc in secundo ordine non habet locum jus repræsentationis, per quam quis succedat ex persona parentis sui, sed ex sua quisque persona succedit. Nulla igitur ratio haberi debet stirpium, sed capitum sive personarum numerus attendi debet, ut tot fiant hæreditatis portiones quot sunt personæ succedentium quæ est divisio in capita. Neque hoc mutatum est in *d. Nov. 118.* ut Accursius & alij plerique veteres Interpp. putârunt. Nam si liberi fratrum concurrant cum patruis, tum vero divisio fit in stirpes. Hîc autem agimus de eo casu, quo fratrum liberi soli succedunt sine patruis.

Ad §. 5. Si plures. & §. seq.

De proximo duo hîc explicantur, ut & in successione cognatorum *tit. seq.* 1. Quis intelligatur proximus. 2. Quo tempore quis debeat esse proximus. Nã hîc valet regula, quemadmodum & in cognatis, Quòd gradu proximior excludat remotiorẽ. V. G. Frater defuncti potior habeatur fratris filijs vel patruo, ut modo d. Frater enim est in secundo gradu. Fratris filius & patruus sunt in tertio. Est ergo proximus is, quẽ nemo antecedit *l. 2. §. 2. & §. 4. D. de suis & leg. cum similib. ll. sup. tit. prox. allegatis.* Quid ergo si plures sint agnati ejusdem gradus? R. omnes simul succedunt Non obstat ꝙ lex 12. tab. numero singulari utitur seu unitatis, & proximũ vocat, nõ proximos. Agnat⁹ proxim⁹ famil. habeto. Nã in usu juris frequenter singulari appellatione utimur, cũ plura generis ejusdem significare volum⁹ *l. 158. in usu. D. de V. S.* Sicut & contra plurativo numero utuntur JCti ꝓ singulari de re unica loquentes, ut liberi, codicilli, pugillares *l. 148. D. d. V. S. Gell. l. b. 2. cap. 13.*

Deinde

Deinde, Quid si unus tantum sit gradus agnatorum? Resp. Etsi superlativus gradus requirat plures, tamen is quoque rectè dicitur proximus, qui solus est, & quem nemo sequitur, sive qui idem & primus & postremus est. ut supremus etiam dicitur unicus quem nemo præcessit. *l.1.§.5. Proximus autem D. unde cognati. l.162.D.de V.S.l.34.in pr.D.de vulg. & pup. substit. l.2.§.4. legitima inst. D. de suis & legit.*

De tempore, quo quis proximus esse debeat, jam sup. dict. est. §.1. Id spectandum esse, cum jam certum esse cœperit aliquem decessisse intestatum: hoc loco distinctius idem explicatur. Aut enim testamentum quis nullum omninò fecit, qui propriè intestatus dicitur, & hoc casu tempus mortis spectandum est: Aut testamentum fecit, sed ex quo nemo hæreditatem adijt, & tum spectandum est tempus repudiatæ hæreditatis, sive deserti ac destituti testamenti, etiamsi illud longo intervallo à morte sit sejunctum. Ex quo sequitur, sæpè eum esse proximum tempore delatæ hæreditatis, qui mortis tempore non erat, *ut hîc. & l.2.§.5. interdum. & §. seq. D. de suis & legit.* Tum enim certum est aliquem intestatum decessisse. Semper enim id tempus spectatur quo defertur hæreditas, id est, cum quis adeundo eam consequi potest. *l.151. delata. D. de V.S.* At quàm diu ex testamento speratur successio (ut speratur, dum hæres scriptus deliberat) non est locus successioni ab intestato. *l.39. quam diu. de acquir. hæred. & l. quam diu. 89. D. de R.I.*

Ad §. 7. Placebat autem.

Summa est: Cum olim non haberet locum successio, per quam proximo agnato repudiante admitterentur sequentes, cumque id jus nonnihil correxisset prætor, atque ex ordine cognatorum eos vocâsset data ipsis bonorum possess. unde cognati, Justin. successionem in agnatis quoque introduxit. Quæ res ut intelligatur, triplex jus hîc distinguendum est, vetus, id est, jus civile, jus prætorium, & denique jus novum ab Imp. Justin. constitutum. Jus civile ut in suis hæredibus nullum admittebat successorem. *l.1.§.8. sciendum. D. de suis & legit.* ita neque in agnatis. *Paulus lib 4. sent. tit. 8. §. In hæreditate: Vlp. tit. 26. & 28.* Ratio est, quia jus civile cum sit strictum, non patitur ut hæreditas uni semel delata iterum deferatur alteri. Jus prætorium, (ut solet asperitatem ac rigorem juris civilis mitigare, ac naturalem potius æquitatem quàm juris scrupulositatem sequi,) successionem admisit, sed quia directò prætor contrà jus civile facere nihil potuit, admisit tanquam cognatos, quos admittere non potuit tanquam agnatos. Huc pertinet *tit. D. & C. de success. ed.* Jus novum successionem admisit in hæreditatibus legitimis & quidem non tantùm ingenuorum, sed & libertinorum, *ut hic vers. sed nos. & §. sed nostra inf. de success. libert.* In suis tamen nihil mutavit Imper. ut apparet *ex d. l.1. § sciendum. 8.* Porrò eam constit. Græcam restituit Cujac. ex Basilicis *lib. 20. obs. cap. 34.* Ratio juris novi duplex hîc affertur. I. Quia absurdum sit non idem concedi agnatis quod cognatis: quæ tamen ratio non est satis idonea, cum agnatio sit civilis, & proinde stricta: Cognatio verò naturalis & laxior ac benignior. II. Ratio est, quia in tutela legitima est successio. Proximo enim

(Observandum hîc obiter, Furiosum & infantem hæredes ab extraneo institutos, acquirere posse hæreditatem per curatorem & patrem vel tutorem. *l. 18. si infanti. C. de jur. delib. l. ult. C. de curat. furiosi.* Quod olim non poterant. *l. 90. per curatorem. D. de acq. hæred.*)

Ad §. 4. Interdum autem & §. 5. Per contrarium.

In definitione sui hæredis dictum est, Esse eum qui tempore mortis fuerit in potestate defuncti. Id non esse perpetuum hîc docetur. Nam interdum contingit, ut & is qui non fuit in potestate tempore mortis, postea tamen fiat suus hæres: & interdum contrà accidit, ut non sit solus hæres qui tamen in potestate tempore mortis fuit. Prioris exemplum est in eo filio, qui tempore mortis paternæ erat captus ab hostibus & tandem post mortem patris in civitatem revertitur. In eo enim jus patriæ potestatis & suitatis non tàm sublatum fuit quàm in suspenso: quod per postliminium recipit, ut & alia jura omnia, quasi nunquam fuisset captus: de quo & *sup. d. §. si ab hostib. Quib. mod. jus pot. solu. l. 9. captum. C. de postliminio reversis.* hoc tribuit legi Corneliæ. Sed distinctæ sunt fictiones postliminij & Legis Corneliæ: Illa locum habet in reverso: hæc in mortuo apud hostes (nisi forte ibi intelligamus patrem quoque captum apud hostes decessisse.) Huic simile est quod supra dicebatur de postumo. Nam is quoque pro jam nato habetur. *l. 5. & l. pen. D. de statu hom.* Alterius exemplum est in filio ejus, qui post mortem perduellionis damnatus est. Ratio est, Quia cui fiscus succedit suum hæredé habere non potest. ut hîc. Sciẽdum est autem cum pleraque omnia crimina morte reorum extinguantur *l. 3. D. de publ. jud. & toto tit. C. Si reus vel accusator mortuus fuerit:* In quibusdam tamen propter eorum atrocitatem reum etiam post mortem accusari, & ejus memoriam damnari posse bonis publicatis: Qualia sunt repetundarum, majestatis ac perduellionis *l. 20. ex judiciorum. D. de accusat. l. ult. D. ad Leg. Jul. majest. l. pen. 7. meminisse. C. eod. l. 6. si quis filio. §. 11. sed ne eorũ quidem. D. de injusto rupto.* Notandus est igitur hic casus, quo filij successione parentum privantur, etiam sine sua culpa. Cujus ratio est *in d. l. 5. C. ad L. Jul. majestat.* Quia paterni, id est, hæreditarij criminis exempla in ipsis metuuntur: *de quo plura inf. ad tit. de pub. jud.*

Ad §. 6. Cum filius.

Si conveniant liberi diversorum graduum, id est, filij cum nepotibus & pronepotibus, hi pariter ad hæreditatem avi vel proavi vocantur, neque is qui casu proximior est remotiores excludit. Hæc enim regula tantum in ascendentibus & transversalibus locum habet, quę vis nec ibi sit perpetua ut infra dicetur. Nepotes igitur & cæteri in patris sui locum succedunt, & tantundem accipiunt, quantum ille si vixisset, habiturus erat: Quod vocatur vulgo jus repræsentationis. Ratio est æquitas naturalis, ut hîc in verb. æquum est. Idque in descendentibus in infinitum habet locum, in collateralibus non item, ut inf. dicam. Fit ergo inter illos divisio hæreditatis non in capita, sed in stirpes. Est a. divisio in capita, quando tot fiunt portiones quot sunt personæ succedentium, ut singuli singulas sive viriles & æquales auferant. Ulpian. *tit. 26. §. 3. agnatorum.*

Ei in jure opponi solet divisio seu successio in stirpes, quando nulla habita ratione vel multitudinis vel paucitatis capitum seu personarum, tot fiunt portiones quot sunt stirpes, ita ut quælibet stirps sive multi sive pauci inde descendant, suam partem ferat & inter se distribuat. Ejusdem distributionis infra quoque fit mentio §. *ult. h. t. & in l. 2. C. de suis & legit.* Ubi in capita succedere vocatur pro virilibus portionibus succedere. Aliud est in collateralibus V. G. Si fratrum aut sororum liberi concurrant cum patruis & avunculis. Hîc enim divisio non fit in stirpes, sed in capita §. *hoc etiam infr. tit. prox.* De quo ibi dicetur.

Ad §. 7. *Cum autem quæritur. &* §. *seq. Et licet.*

In definitione sui hæredis non semper tẽpus mortis, ut sup. d. sed etiam tempus hæreditatis delatæ spectatur; quando certum est aliquem intestatum decessisse. Id quomodo fiat hîc declaratur, & *l. 1. § 8. Sciendum. D. de suis & legit.* Finge: Testator filium exhæredat & alium instituit. Is dum deliberat hæreditatem adeundam esse an deserendam, filius moritur, relicto nepote. Postea hæres scriptus non adit hereditatem. Nepos igitur testamento deserto suus hæres fit auo, qui non erat tempore mortis, cum eum præcederet filius. *Vid. & l. 6. in pr. D. de injusto rupto. l. ult. D. de cond. instit.* Sed oportet ut nepos ille vel natus jam sit vivo auo, vel certè conceptus *l. 6. Titius & l. seq. D. de suis & legit. & hîc vers. Et licet post mortem.* Si vero ne quidem conceptus fuerit vivente auo, tum neque legitimam ejus hæreditatem consequi potest quia suus hæres ipsi nõ est, cum ne initium quidem potestatis unquam fuerit, neque bonorum possessionẽ habet tanquam cognatus, quia non fuit ipsi cognatus. Et hoc est quod Imp. ait, quod nullo jure cognationis avum suum attingat, *ut hîc vers. planè. d. l. 6. & 7.* Nõ prohibetur tamẽ hic nepos post avi mortem cõceptus petere bonorum possess. contra tabulas liberti aviti *l. 47. §. pen D. de bon. libert.* Ubi Paulus responsum Juliani allegat, quod est in *d. l. 6.* Etsi enim avo nec suus est hæres, nec cognatus, tamen liberti aviti est patronus. Quemadmodum autem nepos post avi mortem conceptus non est ipsi suus hæres aut cognatus: Ita neque is, quem filius emancipatus adoptat, ullo jure avum attingit. Cum enim non fiat ei cognatus *arg. l. 23. D. de adopt. & l. 12. §. ult. D. de ritu nupt. l. 1. §. 4. D. unde cogn.*

Ad §. 9. *Emancipati.*

Sui hæredes sunt, ut huc usque dictum, liberi qui in potestate sunt, & hi soli in primo ordine à XII. tab. ad successionem vocantur. Ergo qui in potestate esse desierunt, ut emancipati, non sunt sui hæredes: neque igitur à jure 12. tab. ad successionem admittuntur non etiam in secundo agnatorum ordine amplius manent. Agnatio enim quæ civilis est, ut & familia per emancipationem tollitur §. *ult. supr. de legit. agn. tut.* Sed quia tamen per emancipationem, utpote civilem rationem, non potuit tolli ratio naturalis, neque effici quo minus hi sint liberi, prætor æquitate illa motus dat ipsis, sive soli sint, sive cum suis, id est, liberis in potestate bonorum poss. unde liberi. De qua est *tit. in D. & C. unde liberi.*

Sed ut supr. admonui, jam non de bon. possess. verum de hereditate agimus. Obiter tamen id attigit hìc quoque Imp.

Ad §. 10. At hi qui.

Quod dictum est, Emancipatos cum suis admitti beneficio Prætoris, Id tàm diu verum est, donec non dederint sese alteri arrogandos. Tunc enim non amplius ad bona patris sui naturalis admittuntur, ne quidem ex jure prætorio. Prætoris enim auxilium cum sit extraordinarium, non datur ijs quibus jure civili & ordinario prospectum est, *arg. l. 16. in pr. D. de minor.* Ut hìc consultum est arrogatis in bonis arrogatoris, dummodo in ejus familia perpetuò manserint. Quod si ab hoc quoque patre adoptivo emancipati sint, quantum quidem ad successionem extranei ipsi sunt (Aliud enim est in nuptijs §. *Ergo. supr. de nupt. l. 14. D. de rit. nupt.*) atque ad Patris naturalis bona revertuntur, quasi nunquam fuissent adoptati; si quidem eo vivo emancipatio fiat. Sin vero illa fiat post mortem patris naturalis, ab utriusque successione excluduntur, sive ad neutrius bona admittuntur. Non ad patris adoptivi, Quia omne jus per adoptionem quæsitum emancipatione dissolutum est, adeò ut & nomẽ liberorum amittant §. *minus in fi. infr. h. t. l. 1. §. 6. liberi & l. 4. D. unde liberi.* Non etiam ad patris naturalis, Tum quia jus, quod ejus agnatis semel quæsitum est, non debet ipsis auferri *arg. l. 11. D. de R. I.* Neque debet pendere ab arbitrio patris adoptivi, quosnam velit succedere patri naturali *arg. l. illa institutio 43. & l. si quis Sempronium. D. de hæred. instit.*

Id quod hìc fieret. Nam pater adoptivus si filium adoptivum perpetuò in sua familia retineret, locum daret agnatis *l. 1. D. Unde legitimi:* Sin emanciparet, agnatos excluderet (Est & illa ratio, Quia prætor non consulit nisi ijs, qui tempore mortis in potestate non fuerunt: non ijs qui post mortem esse desierint: sequitur enim jus civile, &c. Sed quia hoc durum erat, ut sine sua culpa utriusque patris bonis filius iste careret, à Justiniano correctum est, ut infra apparebit *ad §. sed ea omnia h. t.*

Ad §. 11. Minus ergo.

Ex supra dictis colligitur differentia inter liberos emancipatos à patre naturali & emancipatos à patre adoptivo, ista nimirum quod hi omnimodo perdant jus & nomen liberorum tàm jure prætorio quàm jure civili: Illi vero civili quidem jure perdant: naturali vero retineant, & proinde à prætore juventur Ratio hìc in textu, & ex supr. dictis jam satis intelligitur. Ex hac sequitur & altera differentia; quod illi à prætore adiuvantur per bonorum possess. hi non juvantur. Excipitur nepos ab avo suo naturali in locum filij adoptatus secundũ §. *licet. supr. de adopt.* Is enim etiam post emancipationem avi & patris adoptivi ad ipsius bona admittitur *l. 2. §. 6. liberi. D. ad SC. Tertull.*

Ad

Ad §. 12. Eadem hæc.

Audivimus, Emancipatos, quàm diu sunt in adoptiva familia, juris habere in bonis patris naturalis intestato mortui: An ergo, si is testamentum fecerit, in quo ipsos præterierit, habebunt contra id testamentum bonorum possess. contra tab? ℞. Imp. ne hanc quidem habebunt, Quia ut bonorum possess. unde liberi, ita etiam contra tabulas non datur nisi ijs liberis, qui vel in potestate fuerunt, cum pater moreretur, vel extra potestatem; non autem ijs, qui in potestate fuerunt patris adoptivi. Hi enim succedunt patri adoptivo jure civili. Prætor autem non consulit ijs, quibus jure civili satis consultum est, *ut supr. d.* Quid si pater adoptivus post emancipationem fecerit testamentum, & in eo ꝑtermiserit eosdem? ℞. Multo minus contra hujus testamentum habebunt bonorum possess. contra tabulas, cum non habeant eam contra testamentum patris naturalis *l. 1. §. 6. & sui. D de bonor. poss. cont. tab.* Ratio *hic in textu*: Sed jam non agimus de bonorum poss. neque de successione testatorum, sed intestatorum.

Ad §. 13. Admonendi.

Etsi liberis emancipatis à patre adoptivo post mortem patris naturalis neque bonorum possessio unde liberi, datur ad bona intestati, neque contra tabulas ad bona testati, ut modo dictum non tamen putare debemus, eos penitus à bonis patris sui naturalis esse exclusos. Habent enim possess. bon. unde cognati, Id est, tertio demum ordine admittuntur, si nulli sint sui hæredes defuncto, nulli etiam agnati. Ratio est, Quia cognationis jus, quod est naturale, etiam post emancipationem & adoptionem retinuerunt in familia patris naturalis *l. 1. §. 4. cognationem. D. unde cognati.*

Ad §. 14. Sed ea omnia.

Quæ hucusque ex jure veteri de liberis adoptivis dicta sunt, Ea nonnihil immutavit Justin *in l. pen C. de adopt.* Qua de re jam *supr. d. est ad §. sed hodie tit. de adopt. lib. 1. & §. adoptivi. supr. de ex hæred. lib.* Summa eorum, quæ sunt hujus loci propria, hæc est, liberos adoptivos ab intestato succedere utrique tàm patri naturali quàm adoptivo. In bonis vero patris adoptivi, si is testamentum faciat, nihil juris eos habere, si hæredes ab eo non instituantur. Potest autem pater adoptivus pro suo arbitrio vel instituere eos, vel non instituere eos. Excipitur adoptatus à parente aliquo naturali. Ratio Exceptionis, quia hîc duo vincula concurrunt, naturale & civile, *ut sup. de dictis locis exposuimus.* Quod autem Jac. Revardus in lib. de autor prud. cap. 6. putat hîc legendum esse, Ex Sabinianorum sententia ex tribus emancipationibus pro illis verbis ex Sabiniano SCto ex tribus maribus (quæ contendit ipse olim scripta fuisse notis, quæ ansam errori præbuerint) recipiendum non est. Nam & *in d. l. pen C. de adopt.* eodē modo ut hîc legitur. Videtur autem ex SCto Sabiniano ei qui cum tres liberos haberet mares, unum ex illis adoptandum dedisset, tale quoddam privilegium tributum esse, ut quarta omnium bonorum patris adoptivi huic filio daretur: sicut & arrogatus ex bonis arrogatoris quartam consequitur constit. Divi Pij, *ut supr. d. ad tit. de adoption.*

Ad

Intellige quoad clausulam de quarta, quam dixi. Ratio, quæ Justin. movit, indicatur hic illis verbis Ne ij, qui ex transversa linea veniunt, id est, agnati, potiores hic habeantur ijs, qui recto jure descendunt, id est, nepotibus & pronepotibus, quasi dicat: Quàm diu sunt ex primo gradu qui succedere possunt, non debent admitti qui sunt in secundo & ulteriori. Porrò distributio hæreditatis inter filios & nepotes ac pronepotes ex filia hîc quoque perinde ut supr. debet fieri in stirpes, non in capita, sive pro virilibus portionibus, ut ait *l. 2. C. de suis & legit.* Tandem Justinianus etiam tertiæ deminutionem sustulit, quæ nepotibus ex filio danda erat à nepotibus ex filia *Nov. 18. & 118.* Ut ita utrique jure novissimo æqualiter succedant: de quo pluribus infra. Summa igitur juris novi de nepotibus ex filia hæc est: I. Quod succedant primo ordine cum nepotibus ex filio & excludant agnatos. II. In utrisque locus est juri repræsentationis. Nam ut nepotes ex filio in patris sui, ita nepotes ex filia in matris locum succedunt. III. Inter utrosque distributio fit hæreditatis in stirpes & non in capita.

AD TIT. II. DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

CONgruit tit. D. De suis & legit. hæred. & tit. C. De legit. hæred. Rectè autem conceptus est tit. de legitima agnatorum successione. Sunt enim plures successionis legitimæ sive ab intestato species: *Ut sup. tit. praeced. d.* Secundus igitur Ordo succedentium ab intestato hic exponitur, qui est agnatorum proximorum. Agnati autem etiam legitimi dici solent, ut *in tit. D. de suis & legit. & tit. C. de legit. hæred.* Nam si is qui intestato mortuus est, nullos reliquit suos hæredes, neque etiam eos, quos prætor inter suos vocat, id est, liberos emancipatos, neque eos, quos Constit. vocant inter suos, id est, nepotes vel neptes ex filia, neque pronepotes ex nepte, de quibus supra tit. *1.* dictum. Hæreditas secundo loco defertur agnatis ex *l. 12. tab.* & quidem proximis, si plures sint agnatorum gradus *l. 1. §. post suos & l. 12. D. de suis & legit. Caius & Paulus in frag. vet. Iurisconsultorum: Vlpianus item tit. 26.* Quod tamen per Nov. nonnihil immutatum est, ut infra dicam Sciendum est igitur. I. Quis sit agnatus. II. Quis sit prox. agnatus, & quo tempore proximitas illa spectetur: quæ hoc titulo ordine explicantur. In *§. ult.* obiter adspergitur etiam de successione legitima patris in bona liberorum emancipatorum.

Ad §. 1. Sunt autem agnati.

Definitio agnatorum repetitur *ex §. 1. supr. de legit. agn. tut. & l. 2. §. 1. D. de suis & legit.* Breviter agnati sunt cognati per virilis sexus personas cognatione juncti: His opponuntur cognati in specie dicti, qui per fæminas conjunguntur, item agnati qui capite minuti sunt *ut infr. tit. 5.* Sciendum enim cognatos aliàs generaliter dici omnes propinquos sive sanguine junctos tàm naturaliter & civiliter simul quàm altero tantum modo: aliàs cognatos specialiter dici qui nobis natura sunt conjuncti, non a jure civili, ut qui conjunguntur per fæminas & qui agnati esse desierunt per capitis diminutionem. Unde apparet, agnationē

esse aliquid merè civile, ad conservationem scilicet familiarum, quæ per mores fit, constitutum. Cognationem autem esse naturalem & omnes qui nobis agnati sunt esse etiam cognatos , sed non contrà *l. pen. in pr. D. unde legit.* Inter agnatos igitur in linea transversali (nam & in linea recta sui rectè dicuntur agnati, ut Cujacius hîc docet contra Hotomannum *lib. 1. obser. cap. 16.* primi sunt fratres ex eodem patre nati, siue eandem habuerint matrem (qui græcè ἀμφιθαλεῖς vocantur) sive diversas: utrique enim cõsanguinei dicuntur. Nam illud verbum à JCtis ad illam significationem est restrictum *ut hic §. post suos. l. 2. D. de suis & legit. Vlpianus. Cajus & Paulus. d. tit. ult.* Quomodo & *Virgil. 6. Aeneid.* utitur Et consanguineus leti sopor, i. e. κασίγνητος; cum aliàs sit generale ut omnes ὁμαίμους, id est, omnes eos complectatur qui sanguine interse sunt conjuncti. Est igitur jus consanguinitatis species quædam agnationis §. *Vulgo quæsitos. infr. de success. cogn.* Et proinde in quos non cadit agnatio , ut in vulgo quæsitos, in eos neque consanguinitas *d. §. vulgo quæsitos.* Erant olim inter agnatos etiam gentiles, sed eorum jus cum sit obsoletum, supervacuum est de eo curiosè disputare, *teste Cajo & Vlp. in frag. vett. Iurisconsultorum.* Notandum est autem veteres JCtos separasse consanguineos ab agnatis *l. 2. in pr. D. de suis & legit. l. 4. D. unde cognati.* Leges XII. & Impp. eos conjunxisse. Sunt autem fratres ex eodem patre inter se consanguinei & agnati sive vivo patre, sive post ejus mortẽ editi sint, *ut hîc vers. Ii etiam & l. 6. D. de suis & legit.* Secundò agnati sunt inter se patruus & fratris filius. III. Agnati sunt fratrum filij, id est, fratres patrueles sive consobrini, *ut hîc & §. quarto gradu infr. de grad. consangu.* Quanquam consobrini propriè dicuntur duarum sororum liberi : Et ulterius quoque agnatorum gradus extenduntur, qui quomodo sint supputandi *infr. dicetur ad tit. 6.*

Ad vers. Non tamen omnibus.

Duo hîc dicuntur, I. Si plures sint agnatorum gradus non omnibus simul dari hereditatem, sed ijs qui in proximiore sunt, exclusis remotiorib. II. Proximũ spectari eo tempore, quo certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse, quę hîc obiter interjecta latius infra explicabuntur *in §. si plures & §. seq.*

Ad 2. §. Per adoptionem.

Quemadmodum jus sui non solum ex procreatione sive natura oritur, verum etiam ex adoptione sive ex jure civili , itemque ex legitimatione : Ita & jus agnationis, *ut hic & l. 1. §. ult. l. 2. §. 3. parvi. D. de suis & legit.* Nam si quis, cum filium habeat in potestate ex justis nuptijs procreatum, adoptet alium, hic filius adoptivus alteri filio naturali fit agnatus & consanguineus. Ratio tamen dubitandi est, quia adoptio non tribuit jus sanguinis *l. 23. D. de adopt.* Est enim adoptio civilis, cum jus sanguinis sit naturale *l. 8. D. de R. I.* Ratio decid. propterea non dicuntur isti propriè consanguinei, sed impropriè tantum, *ut hic ait Imp.* Sic & cognationem facit adoptio. Adoptatus enim ijsdem fit cognatus quibus agnatus *l. 1. §. 4. Cognationem. D. unde cogn.* Quæritur hîc de legitimatione, an etiam illa jus agnationis afferat ut adoptio. Et de jure suitatis certum est *ex §. ult.*

ult. supr. de nupt. De agnatione dubitari potest, præsertim in illa legitimatione, quæ fit per rescriptum Princ. Sed tamen per hanc quoque jura agnationis tribui verius videtur: olim & in manum conventio tribuebat jus agnationis: de quo alibi diximus.

Ad §. 3. Cæterum inter.

Olim inter agnatos mares & fœminas hæc erat differentia quoad successionem, per mediam Jurisprudentiam *Paul lib. 4. tit.* 8. id est, legem Voconiam introducta: ut illi etiamsi longissimo, id est, decimo gradu essent, tamen succedere possent jure agnationis: hæ vero tantum in secundo gradu, i. e. si consanguineæ sive germanæ essent, hoc est, sorores defuncti ex eodem patre, non autem ulterius. Mediam Jurisprudentiam vocat Imp. quæ est ex Interpretatione Prudentum & alijs ll. post XII. tab. latis sive rogatis. Hoc autem loco intelligenda est lex Voconia *teste Paulo lib. 4. Sent. tit.* 8. Hoc jus cum primum correxissent prætores, data fœminis agnatis ultra consanguineas bonorum possess. Unde cognati: Justinianus tandē eam differentiam planè sustulit & constituit, ut omnes agnati utriusque sexus eodem modo ad successionem abintestato vocentur etiamsi lōgissimo gradu, id est, decimo sint remoti, servata tamen gradus prærogativa, i. e. ut proximior agnatus remotiorem excludat *l. pen. C de legit. hered.* Cujus etiam mentionem facit *in l. ult. C. eod. tit.* Ratio juris veteris, quod extat *apud Caium, Ulp. & Paulum in fragm. Vett. IC. in d. t. ult. & in l. 3. C de legit. hered.* hic redditur in verb. Quia commodius videbatur, &c. quæ jam supra à nob. expres. *ad t præced.* Mares enim sunt columen familiæ, & proinde plus commodi percipere debent ex successionib. Ratio porrò, Cur prætores darent fœminis agnatis bonorum possess. Unde cognati, est: Ut iniquitatem & asperitatem juris civilis more suo corrigerent & quod deerat supplerent. De quo prætorum officio *d. sup. lib. 1. tit. 2.* Ratio denique Justin. est: Quia fœminæ æquè sunt cognatæ atque mares & à natura æqua lance cum masculis constitutæ. Natura enim marem & fœminam mutuis auxilijs indigere voluit *d. l. pen. 2.* Quia neq; lex 12. tab. discrimen faciebat sexus, sed ex æquo mares & fœminas admittebat, quod & Paulus testatur tùm *in fragm. d. loco, tùm lib 4. Sent. tit. 8.* Ubi sic legendum monuit Giphanius, Cæterum lex XII. tab. nulla discretione sexus agnatos admittit, ubi vulgo Cognatos: sicut paulo ante verb. successiones delendum esse idem monet. Hanc igitur simplicitatem legibus amicam ut aliàs ita & hîc Imp. sequi voluit, cum præsertim per prætorem nondum satis succursum esset illa bonorum possessione unde cognati fœminis data. Ad eam namque non admittebantur nisi deficientibus agnatis & cognatis proximioribus.

Ad §. 4. Hoc etiam addendum.

Dictæ *l. pen. C de legit. hered.* duæ sunt partes, quarū in priore jus vetus 12. tab. revocavit, ut modò d. In altera jus planè novum constituit, cujus summa hîc refertur, nimirum ut filius & filia sororis æquè succedat avunculo suo ac filius vel filia fratris succedit patruo, si videlicet defunctus non reliquit superstites fratres & sorores. Atque ita unum gradum cognationis transtulit Justin. ad

Deinde, Quid si unus tantum sit gradus agnatorum? Resp. Etsi superlativus gradus requirat plures, tamen is quoque rectè dicitur proximus, qui solus est, & quem nemo sequitur, sive qui idem & primus & postremus est. ut supremus etiam dicitur unicus quem nemo præcessit. *l.1.§.5. Proximus autem D. unde cognati. l.162. D. de V S. l.34. in pr. D. de vulg. & pup. substit. l.2.§.4. legitima. inf. D. de suis & legit.*

De tempore, quo quis proximus esse debeat, jam sup. dict. est. §.1. Id spectandum esse, cum jam certum esse cœperit aliquem decessisse intestatum: hoc loco distinctius idem explicatur. Aut enim testamentum quis nullum omninò fecit, qui propriè intestatus dicitur, & hoc casu tempus mortis spectandum est: Aut testamentum fecit, sed ex quo nemo hæreditatem adijt, & tum spectandum est tempus repudiatæ hæreditatis, sive deserti ac destituti testamenti, etiamsi illud longo intervallo à morte sit sejunctum. Ex quo sequitur, sæpè eum esse proximum tempore delatæ hæreditatis, qui mortis tempore non erat, *ut hic. & l.2.§.5. interdum. & §. seq. D. de suis & legit.* Tum enim certum est aliquem intestatum decessisse. Semper enim id tempus spectatur quo defertur hæreditas, id est, cum quis adeundo eam consequi potest. *l.151. delata. D. de V.S.* At quàm diu ex testamento speratur successio (ut speratur, dum hæres scriptus deliberat) non est locus successioni ab intestato. *l.39. quam diu. de acquir. hæred. & l. quam diu. 89. D. de R.I.*

Ad §. 7. Placebat autem.

Summa est: Cum olim non haberet locum successio, per quam proximo agnato repudiante admitterentur sequentes, cumque id jus nonnihil correxisset prætor, atque ex ordine cognatorum eos vocâsset data ipsis bonorum possess. unde cognati, Justin. successionem in agnatis quoque introduxit. Quæ res ut intelligatur, triplex jus hîc distinguendum est, vetus, id est, jus civile, jus prætorium, & denique jus novum ab Imp. Justin. constitutum. Jus civile ut in suis hæredibus nullum admittebat successorem. *l.1.§.8. sciendum. D. de suis & legit.* ita neque in agnatis. *Paulus lib 4. sent. tit. 8. §. In hæreditate: Ulp. tit. 26. & 28.* Ratio est, quia jus civile cum sit strictum, non patitur ut hæreditas uni semel delata iterum deferatur alteri. Jus prætorium, (ut solet asperitatem ac rigorem juris civilis mitigare, ac naturalem potius æquitatem quàm juris scrupulositatem sequi,) successionem admisit, sed quia directò prætor contrà jus civile facere nihil potuit, admisit tanquam cognatos, quos admittere non potuit tanquam agnatos. Huc pertinet *tit. D. & C. de success. ed.* Jus novum successionem admisit in hæreditatibus legitimis & quidem non tantùm ingenuorum, sed & libertinorum, *ut hic vers. sed no.. & §. sed nostra inf. de success. libert.* In suis tamen nihil mutavit Imper. ut apparet *ex d. l.1.§ sciendum. 8.* Porrò eam constit. Græcam restituit Cujac. ex Basilicis *lib. 20. obs. cap. 34.* Ratio juris novi duplex hîc affertur. I. Quia absurdum sit non idem concedi agnatis quod cognatis: quæ tamen ratio non est satis idonea, cum agnatio sit civilis, & proinde stricta: Cognatio verò naturalis & laxior ac benignior. II. Ratio est, quia in tutela legitima est successio. Proximo enim

agnato succedit sequens, Ergo in hereditate quoque successio permissa esse debet, cum secundum naturam sit, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l.10 secundum. D. de R. I. & arg.§.ex eadem.vers. Quia plerumq; sup. de legit.patr.tut.*

Dd. triplicem faciunt successionem: 1. De capite in caput, ut si filio repudiante hereditas deferatur agnatis, & his non extantibus cognatis. 2. De gradu in gradum. Ut si filio repudiante admittatur nepos, & seqq. 3. De persona in personam: ut si filius repudiata bonorum possess. unde liberi, redeat ad bon. poss. unde legitimi, vel unde cognati, &c. Sed ita JCti non loquuntur. Definiunt autem successorium Edictum (cujus finis est, ne bona hereditaria diutius sine domino jaceant vacua, cum damno creditorum) cum res uno excluso transit ad alium qui non fuisset heres, si prior agnovisset. *gl.ult.in l.1.C.de success.ed.* Differt autem à jure accrescendi.

Ad §. ult. Ad legitimam.

Agitur hîc de successione patris in bona filij emancipati: ut autem tutela legitima patrum introducta est ad exemplum tutelæ legitimæ patronorum, *ut sup.d.ad tit.de legit.patr.tut.* Ita & hæc successio *§. præterea. vers. tum ex Edicto.sup.quib.mod.jus pot.solv.* Sed olim ea patri non aliter concedebatur quàm si filium emancipâsset contracta fiducia, id est, expressè reservato sibi jure successionis legitimæ. Hodie autem semper intelligitur illa fiducia in emancipatione intervenisse ex Constit. Justin. *l.ult.C de emanc.liber.* Cujus & infra fit mentio. *§. sed ea quidem tit de bon possess.* Juris veteris restat vestigium in *l.2. §. objicitur. D. ad SCtum Tertull* Fiducia contractus erat hujusmodi quo res alicui mancipatur ea lege, ut qui accepisset eandem postea remanciparet. Interdum etiam fiducia est species quædam pignoris, de quo vid. Cujac. *in Notis ad lib.2.sent.Paul.tit.14.* Ratio autem, cur pater filio emancipato succedat ab intestato æquissima est. Patri enim acceptum ferre debet filius, quod jam omnia sibi acquirat, qui si in potestate remansisset vel fuisset retentus patri erat acquisiturus, qui etiam mortui bona erat occupaturus tanquam peculium, non tanquam hereditatem, *ut sup.d.§.item vobis per quas person.cujus acquir.* Præmij g. loco patri successio hæc debetur. Quomodo autem jure novissimo succedant parentes, infra separatim dicetur.

AD TIT. III. DE SENATUS-consulto Tertulliano.

HIc *tit cum seq.in D.in unum conjuncti, in C. verò* item ut hîc separati sunt, & similiter apud Paul. *lib.4.sentent.tit.9.& 10.* Continentur autem sub illis duæ aliæ species successionis legitimæ, quæ SCtis & Constitutionibus Impp. circa ea factis introductæ sunt. Quæ causa est, cur Ulpian. quoque de utraque conjunctim agat *sub tit. de legit. hered. in fragm. tit. 26.* Et priore quidem loco explicatur ea successio, quæ per SC. Tertull. matri data est in bonis fi-

nis filij aut filiæ: Posterius de ea, quæ ex SCto Orfitiano datur liberis ad bona matris intestatæ. Ratio ord. Tum quia & antiquius est SC. Tertull. quam Orfitian. cum illud sub D. Pio, hoc temporibus Marci Antonini Philosophi factum sit: tum quia opportunum erat post successionem patris manumissoris statim tractare de successione matris, quæ similiter fit in bona liberorum patria potestate liberatorum.

Nam hoc observandum est, Cum liberi in potestate non habeant bona, sed peculium tantum, quod pater occupat post eorum mortem, *ut & modò d. ad fi. tit. præced.* Sic contra paterfam. liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona. *l. 182. paterfam. D. de V. S.*

Ad init. Tit. Lex 12. & &c. §. 1. Sed hæ.

Priusquam Imp. explicet sententiam SCti Tertulliani ejusque emendationem factam, præmittit tria jura, quæ ante illud SCtum erant constituta & recepta de hac successione matrum 1. est jus 12. tab. 2. Jus prætorium. 3. Jus ex Constitut. Claudij Imp. Jure 12. tab. Mater à successione liberorum penitus repellebatur, ut & liberi à successione matris, ut hîc & apud Ulpian. *tit. 26. §. pen. & ult.* Nam mater liberis tantum cognationis jure est conjuncta, *§. vulgo. inf. de success. cognat.* At jus civile sive XII. tabularum cognatos non novit, sed tantum suos & agnatos *ut sup. d. tit. præced.* Hujus juris duritiem & angustias prætor suo more nonnihil mitigavit ac dilatavit, & matri bonorum possessionem unde cognati accommodavit. Licet enim jure civili deficiat, tamen sanguinis ratio ad hereditatem eam vocat *l. 2. D. unde cogn.* Quia vero per hoc beneficium prætoris matri nondum satis consulebatur, utpote per quod tertio demum ordine post suos & agnatos admittebatur, alia duo jura secuta sunt, quibus ei plenius consuleretur. Primum enim Constitutio Claudij matri successionem legitimam liberorum detulit, non tamen omnium, ut videtur, sed eorum tantum quos in acie amisisset, ut Budæus hîc annotat *arg. §. 1. sup. de excus. tut.* De quo tamen ut dubitem, facit *§. fœminæ. sup. de adopt.* Tandem SC. Tertullianum matri plenissimè prospexit, de quo SCto duo hîc afferuntur *in §. postea.* 1. Tempus, quo factum sit. 2. Ejus sententia & summa.

Ad §. 2. Postea autem.

Factum est hoc SCtum temporibus Hadriani, id est, D. Pij, qui ab Hadriano adoptatus fuit, ejusque etiam nomen, ut meruerat, tulit. *Cujac. hîc & apud Paul. lib. 4. sent. tit. 9.* Nomen habet à Tertullo, qui cum sacerdote consul fuit. Summa & sententia SCti Tertull. hæc est: (nam verba ejus non extant) Senatum censuisse, ut mater tàm libertina quàm ingenua, si jus liberorum habeat, ad bona filiorum filiarúmve intestatorum admittatur, etiamsi filiafam. sive in patria potestate sit, ut hîc & *l. 1. l. 2. D. eod. Ulp. d. tit. 26. §. ult.* Quæ singula breviter nobis explicanda sunt, ac primum ratio SCti explicanda, quę est tùm in jure sanguinis, tùm in humanitate posita, ut scilicet matri luctus liberorũ amissorum hoc quasi solatio minuatur.

Est enim valde luctuosum, si parentes liberis, turbato mortalitatis statu sive ordine fati sint superstites. *l.15. D. de inoffic. testam.* Qui luctus augeretur & afflicto afflictio adderetur, si ad alios liberorum perveniret hæreditas. Ait Senatus, Mater. Nam aviæ successio nepotum non datur, *ut hìc in verb. Non etiam avia.* Etsi enim nepos & neptis succederet aviæ ex Constit. Principum ad SC. Orfic. factis: non tamen vice versa etiam avia ipsis succedit, sed per *Nov. 118.* hoc correctũ est & cautum ut avia quoque hodie succedat, ut infra dicetur. Ait Senatus, Tam libertina quàm ingenua. *l.2. in pr. D. h.t. Ulp. d.t.26. Paulus lib.4 sent. tit.9.* Idque adeò verùm est, ut etiam mater famosa succedat. *d.l.2.§.4. si mulier. D.h.t.* Sed necesse est ut mater jus liberorum habeat, libertina 4. ingenua 3. *Ulpian. & Paulus d. locis.* Habet autem jus liberorum non solum quæ ter aut quater peperit, sive omnes sint superstites, sive mortui sint: verum etiam quæ non peperit, sed jus illud à Principe impetravit, ut Romæ usitatum erat. Quid ergo si qua uno partu tres liberos ediderit, habebítne jus trium liberorum? Resp. Si nullo interposito intervallo tergeminos effuderit, non habebit: sin per intervalla, habebit. *l.137. D. de V.S. Paulus. d. tit.9. §. quæ semel.* Quid si monstrum aut prodigium peperit? Resp. Hoc inter liberos non annumeratur neque matri prodest, sicut neque fœtus abortivus. *Paul d.t.9. §. abortus. l.2. C. de postum. hæred. l.14 D. de stat. hom.*

Ratio, Cur ob jus liberorum matri detur successio, hæc est ut hoc præmio invitarentur homines ad augendam prolem Rempub. cujus interest multos habere cives ad defensionem sui. De præmiis vero liberorum iam sup. dict. *ad init. tit. de excus. tut. Vid. Lipsius in Comment. Taciti ad lib.4. annal.* Sequitur in SCto. Ad bona filiorum filiarúmve intestatorum. Vel hinc satis intelligitur quod sup. initio dicebam SCtum Tertull. tantum agere de liberis patria potestate liberatis. Nam liberi in potestate neque bona habent, sed tantum peculium neque testamentum facere possunt, vt sup. dict. *ad tit. quib. non est permiss. facere testam.* Nihil autem interest justè procreati sint filius vel filia, an vulgo quæsiti. *l. 2. §. 1. D. h.t.* Quemadmodum & in matrum successione ex SCto Orfic. nihil interest. *l.1. §.2. sed & culpa. D. h.t. §. novißimè. inf. tit. prox.* Ratio est, Quia naturæ tantum conjunctio in his successionibus spectatur: Ea verò etiam est in spurijs. *§. vulgo. inf. de succeß. cogn. l.4. D. unde cogn.* Notandum etiam est quod dicitur, Filiorum filiarúmve, & non in genere liberorum. Nam ut d. est, Avia ex hoc SCto non succedit in bona nepotis vel neptis. Ait Senatus, Etiamsi mater sit filiafam. sive in potestate patris, ut hìc, & *arg. l.6. D. h.t.* Nam per matrimonium non tollitur patria potestas *l.5. C. de cond. incer. l.12. C. de collat. & dixi sup. ad tit. Quib. mod. jus pot. solu.* Si ergo mater in potestate patris sui sit, jussu patris hæreditatem adibit, ut *hìc vers. ut scilicet, secundum ea quæ sup. tradidi in §. item vobis. vers. si hæres. tit. per quas person. cuiq; acquir. l.6. D. de acq. hæred.* Quid autem, si pater jubere nolit? Resp. Tum filia nihilominus adibit, sed pater hoc casu privabitur usufr. suo, quem hìc aliàs consequi poterat. *l. ult. §.1. C. de bon. quæ liber.* Deniq; ait Senatus, Si neque suus hæres sit. Sunt enim quædam personæ, quæ matri præferuntur & obstant, eamque excludunt, de *quib. hìc in §. Præferuntur.*

Ad

Ad §. 3. Præferuntur.

Quod dictum est matri ex SCto Tertull. dari successionem in bonis filij & filiæ, id non per omnia verum est, sed tum demum, cum ipsa est sola. Interdum enim mater excluditur. Ut I. Si defunctus reliquerit suos heredes, aut eos qui suorum loco sunt, sive primi gradus, ut filium vel filiam, sive secundi, id est, nepotem & neptem, sive ulterioris. Nec interest, naturales sint liberi, an verò adoptivi. *l.5.in pr.D h.t.* Ratio est, Quia hæreditas magis debetur liberis quàm parentibus. *d.l.15.D.de inoff.test.l.7.D.de bon.damn.* Et intestatorum hereditates primò ad suos pertinent, *§.1.sup.titulo.1.h.lib.unde d.l.5.* hoc æquissimum visum esse ait. Rectè verò ait Imp. Liberi defuncti, non autem defunctæ. *l. 13. D. de suis & legit.l.4.§ 2.D.de bon.poss.* Cujus rei ratio est, Quia fœminæ liberos in potestate non habent. *§.Fœminæ sup.de adopt.* Sui autem heredes sunt liberi in potestate, & quidem proximi, ut *sup.tit.1.d.* Quid g. si mater concurrat cum filiæ defunctæ filio, id est, nepote suo? Hîc filius defunctæ volebat matri ejusdem præferri ex SCto Orfic. Mater verò filio defuncto præferri postulabat ex SCto Tertull. Ad eam controversiam dirimendam opus fuit nova Constitutione Imp. per quam filius defunctæ, ejusdẽ matri, id est, aviæ suæ maternæ, præferatur, *ut hic in verb. præponitur ex constitutionib &c.* Quæ illæ fuerint, non dicitur. Sciendum est autem, si liberi defuncti defunctæve hereditatem repudiarent, matrem admitti, cujus jus illis deliberantibus in suspenso sive in pendenti esse dicitur. *l.8. & l.ult. §.1.D.h.t.* Secundò, si mater defuncti concurrat cum ejusdem patre ac marito suo, pater præfertur matri, intellige, si pater sit naturalis, non item, si sit adoptivus. *l. 10.D.de suis & legit.l.2.§.15 obycitur.& l.3.D.h.t.l.2.C.eod.* Ratio, cur pater potior sit matre est, Quia pater etiam jure veteri juvatur, & manumissione scilicet de qua sup. dict. *ad §.ult.tit.præced.* Avus autem & proavus defuncti matri non præferuntur, ut hic & *d.l.2.§.15.obijcitur.* Mater enim illis est propinquior. Excipitur avus, qui nepotem, de cujus hereditate quæritur, manumisit. Nam hîc & matri & patri præfertur. *l.5.§. ult.D.h.t.* & indicat Imper. in illis verbis, scilicet cum inter eos solos de hereditate quæritur. III. Quid si mater concurrat cum defuncti defunctæve sororibus & fratribus. Hic triplex est distinctio. Aut enim defunctus defunctáve reliquit fratrem consanguineum, id est, ex eodem patre conjunctum: aut reliquit fratrem, & sororem consanguineum: Et his duobus casibus idem jus est, ut scilicet mater excludatur ex SCto Tertull. & fratres ac sorores ex æquis partibus defuncto succedant. Aut denique reliquit sororem consanguineam, & cum hac simul succedit mater, sed ita ut filiæ quidem in partem dimidiam, filio autem pro virili portione. *l.2.C.Th.de secund.nupt.l.2 C.Th. de inoff.testam.* Frater tamen defuncti naturalis matri non præfertur. *arg .l.45.in fi.pr. D.de vulg.& pup.substit.* Atque hæc hactenus de SCto Tertulliano. Sequitur ejus mutatio in quibusdam partibus.

Ad §. 4. Sed nos.

In SCto Tertull. Justinianus duo emendavit, quorum primum hîc expo-

nitur: alterum §. *seq. in vers. excepta*. Interijcitur autem emendatio quædam Constit. Constantini & aliorum Impp. in §. Sed cum antea. Primùm igitur constituit, ut mater etiamsi non habeat 3. vel 4. liberos, ut SCtum requirebat, sed unum tantum, tamen ei succedat. *l. 2. C de jure liber.* Ratio hujus juris seu emendationis est, Quia liberi à casu fortuito, ut hîc vult Imp. sive potius sunt donum Dei, quod & sacræ literæ testantur. Neque est in potestate vel arbitrio hominis multos liberos procreare vel paucos. Cum g. nihil peccet mater, quæ non plures, sed pauciores pepererit, nihil est quod ei possit imputari, & impium est casum illum in ejus detrimentum admittere, id est, successione ipsam defraudare propter paucitatem liberorum. Nam neque aliàs à quoquam præstari debet casus fortuitus. *l. damna. D. pro socio. l. 23. D. de R. I.* Sic & aliàs pœnæ orbitatis sunt sublatæ *t. tit. C. de infirm. pœnis cœlib. & orb.* Quod autem ait Imp. de periculis puerperij, idem multis verbis exaggerat in *l. 12. C. qui potior. in pign. hab.* Ibi, Quis enim earum non misereatur.

Ad §. 5. Sed cum antea.

Olim mater, si concurreret cum agnatis in successione filij admittebatur quidem, sed ita ut minus ipsi tribueretur. Agnati enim bessem consequebantur, Mater verò trientem tantum, de quo jure veteri videatur *tit. C. Th. de legit. hered. & Cujac. hic* sed *Iustin.* constituit, ut mater agnatis & personis legitimis præferatur in successione, & quidem integra sine veteri diminutione partis tertiæ. *l. ult C. h. t. vid. & Nov. 18 & 118.* Quod autem hîc ait, Matrem omnibus personis legitimis anteponi, id intelligendum est de agnatis, non etiam de patre. Nam pater isto jure potior erat matre. *d. l. ult. §. sin autem. C. h. t. ut & modò d. ad §. præferuntur.*

Ad vers. Excepta fratris.

Dictum est supra fratrem consanguineum, itemque fratrem & sororem consanguineos ex SCto isto prælatos esse matri: Id jus à Justin. correctum est. Mater enim etsi omnes alias, ut modo d. personas legitimas excludit: tamen cum defuncti fratre & sorore tàm consanguineis quàm cognatis tantum, sive uterinis simul, jam succedit isto jure. Sed quæstio est, quomodo hereditas inter eos dividenda sit. De eo hæc tenenda est distinctio. Aut mater concurrit cum sororibus defuncti solis: aut cum fratribus solis, aut denique cum fratribus & sororibus simul, consanguineis an cognatis sive uterinis nihil interest. Primo casu hereditas dividitur in duos semisses, quorum unum habeat mater, alterum inter se partiantur sorores, quæ est quasi quædam successio in stirpes. Reliquis duobus casibus divisio fit in capita, id est, æqualiter & viritim. Ratio differentiæ, quare plus tribuatur fratribus (sive ij soli sint, sive cum sororibus) hæc esse videtur, Quia etiam ex ipso Senatusconsulto plus consequebantur fratres quàm sorores.

Ad §. 6.

Ad §. 6. Sed. quemadmodum.

Ejus, quod dictum est, Matri dari successionem in bonis filij vel filiæ exceptio quædam hîc affertur, quæ non quidem in ipso SCto expressa fuit, sed constitutione seu ascripto Imp. Severi addita. Exceptio hæc est, Nisi mater tutorem liberis petere & quidem idoneum neglexerit, quod est officium ejus *l.2.§.23. Si mater. D.h.t.l.2.D.qui petant tut.l.6.C.eod.* Neque interest, Sintne liberi naturales seu ex concubina. sive ex justis ac legitimis nuptijs procreati. *l. ult.C.qui pet.tut.* Hoc enim delicto, dum suæ soboli mater non consuluit, indignam se reddit ejus successione. Non enim ferendus est is qui commodum quidem amplectitur, onus verò adhærens eidem recusat, vt alibi Imp. ait; Sed intra quod tempus petendum? Modestinus ait *in d. l. 2.* Confestim. Sed Justin. interpretatur hîc intra annum. Mitius enim cum matre agendum visum est, ne nimis citò luctuosa filij hæreditate privaret *arg. l. 1. §. largius. D. de success. edict.* Sed An etiam Curatorem mater liberis petere cogatur? Resp. Puberib. quidem planè non cogitur. Nam hi sibi ipsi petere debent, si res eorum exigat. Impuberibus autem petere cogitur, & nisi petat mulctatur *l.1. D.q.pet.tut. d.l.6. C.eod.l.2.§. 29. qui si curatores. D.h.t.* Etsi enim verba rescripti deficiunt, quæ de Tutore tantum agunt, non de curatore, tamen eadem est ratio, *arg.l.11.illud.D ad l. Aquil.* Excipitur mater minor *25.* annis Ea enim si tutorem liberis non petierit, in integrum restituitur adversus hoc delictum *l. 2. C. si. adversus delictum*, &c. Notandum est autem quod ait Imp. Ab eorum impuberum morientium successione meritò repellitur. Si enim iam puberes facti decedant, mater quæ tutores eis non petijt, non propterea hac successione privatur *l.3. C.h.t.* Videtur enim filius jam pubes factus matri hoc delictum remisisse hoc ipso, quod cum possit testamento facto ab hæreditate sua illam excludere alio instituto hærede, id tamen non fecit Quæ conjectura & interpretatio ob favorem matris facilè recipitur, cum præsertim non amplius supersit is cui nocitum est. Quæritur, An mater à filij successione excludatur, quod tutorem suspectum non postulaverit? Et quanquam mater ad hanc accusationem admittatur. *§. Consequens sup. de susp.tut.* non tamen cogitur accusare, Etsi non accusaverit, neque verbis neque sententia in pœnam Constit. D. Severi incidit. *l.ult.§.ult.D.qui pet. tut.* Postremò sciendum est, ut mater ob hanc causam successione liberorum privatur, ita ob eandem privari illa etiam omnes alios, qui ad pupilli successionem vocantur, sive abintestato, sive ex substitutione pupillari *l.10.sciant Cod.de legit hared.*

Ad §. ult. Licet autem.

Hoc est commune vtriusque SCti tàm Tertull. quàm Orfitiani, quòd spurio quoque succeditur à matre, & ipse vicissim matri succedit. Ratio jam supra dicta est, Quia in utraque successione Jus naturæ & sanguinis conjunctio attenditur, quod etiam in spurios cadit, non autem civilis aliqua ratio.

Ad §. 1. Sed cum ex hoc.

Quemadmodum ex Tertull. avia non admittitur ad successionem nepotis vel neptis: Ita neque nepotes vel neptes vice versa ex SC. Orfit. succedere poterant aviæ. Sed Constitt. principum, quæ circa hoc SC. factæ sunt, hoc emendatum est & nepotes quoque ac neptes ad successionem aviæ vocantur. *Vid. tit. C. Th. de legit. hæred.* Sed oportet nepotes viva avia si non editi sint, saltem concepti *arg. l. 6 D. de suis & legit.* Hoc igitur caput in Orfit. est correctum, in Tertull. relictum est inemendatum propter illam differentiæ rationem, quia liberis magis debetur hæreditas quam parentibus, *ut & supr. d. tit. praeced.* Novissimo tamen jure etiam Tertull. SC. hac parte correctum est.

Ad §. 2. Sciendum.

Quod hîc dicitur communiter ad utrumque SC. pertinet. Ait autem Minima capitis diminutione non tolli successiones, quæ ex his duobus SCtis deferuntur. Ratio est, quia ista capitis diminutio non perimit novas hæreditates, id est, eas successiones, quæ descendunt ex novis legibus aut SCtis post l. 12. tab. factis, sed tantum veteres hæreditates, id est, quæ l. 12. tab. ratione suitatis vel agnationis deferuntur, quæ hîc dicitur esse regula & extat etiam *in l. 1. §. 8. Capitis. D. ad SC. Tertul. l. 11. D. de suis & legit. l. 7. D. de cap dimin.* Ratio rationis sive hujus differentia hæc est, Quia veteres hæreditates nituntur vel potestate vel consanguinitate, vel agnatione, quæ omnia sunt juris civilis. Nova autem nituntur ratione naturali sive sanguinis jure. Jam regula est supr. tradita, quòd civilis ratio civilia quidem jura corumpere potest, naturalia vero non utique *§. ult. supr. de legit. agn. tut. §. quod autem supr. de cap. dimin.*

Porrò hæc divisio, quòd hæreditas vel ex veteri jure, vel ex novo ad aliquem pertineat, extat etiam in *l. 1. & l. 3. D. de pet. hered.* Notandum vero est quod dixi, Capitis diminutione minima. Nam maxima & media etiam cognationis jura, & proinde etiam successiones novæ pereunt. Effectus inquam illius cognationis tollitur, non ipsa cognatio, quæ est planè naturalis.

Ad §. 3. Novissime sciendum.

Idem ait Paulus *lib. 4. sent. tit.* 10. Rationem hujus rei jam supra indicavi: hîc tantum addenda est exceptio de liberis spurijs fœminæ illustris. Nam si illustris mulier liberos habeat spurios, simulq; alios ex justis nuptijs proceatos, nihil in spurios conferre potest, sed omnia justis liberis relinquere debet *l. 5. C. h. t.* Cujus constit. ratio fuit studium castitatis & pudicitiæ, cujus observatio illustri fœminæ potissimum competit; Unde Imp. ipse inquit, Hanc legem pudicitiæ dicamus quam semper colendam censemus Hac igitur pœna preter alias afficitur quæ neglecta ordinis sui dignitate stupro se polluit. Sin autem illustris Fœmina nullos habeat justos liberos, manet jus commune, ut scilicet spurij ipsi succedant, arg. à contrario sensu *d. l. 5.* Alia est exceptio de liberis natis ex damnato coitu, sive de incestuosis. His enim jure civili ne alimenta quidem deben-

additur differentia quædam inter agnatos & cognatos, quo ad succeſſionem.

Ad §. 1. Quaparte.

Initio autem ait Imp. In tota hac ſucceſſione & cognatione naturalem ſpectari cognationem non civilem, ſive jus ſui & jus agnationis aut familiæ. Prætor enim, qui hanc ſucceſſionem introduxit, ſolet naturalem rationem & æquitatem intueri poſthabita juris ſubtilitate, Et hoc eſt quod *Ulp. ait l. 1. in pr. D. unde cognati*: Hanc bonorum poſſeſſionem nudam habere Prætoris indulgentiam, & *in l. 2.* inquit: Naturali æquitate motus. Hoc apparet 1. in agnatis capite minutis, & ipſorum liberis. Hi enim extincto in ipſis eo, quod civile erat, agnatione ſcilicet, non amplius à jure civili agnoſcuntur neque admittuntur. Quia tamen naturalis cognatio in ipſis manet, quæ per minimam Capitis diminutionē, utpote civilem rationem, corrumpi aut aboleri non potuit, & iniquum erat, eos à cognatorum ſuorum hereditate planè excludi: prætor ipſis bonorum poſſeſſionem unde cognati indulſit *l. 3. & l. 5. D. unde cogn.* Excipiuntur fratres emancipati. Hi enim etſi fratribus ſuis agnati deſierunt eſſe, non tamen ipſis ſuccedunt per hanc bonorum poſſeſſ. ſed lex Anaſtaſiana eos omnibus cæteris agnatis & cognatis præfert atque ad legitimam fratris hereditatem vocat, *ut hîc* Imp. ait, ſive *ut in l. 5. in pr. C. de emanc. liber.* ſervat fratribus jura legitima. Ejusdemque juris mentio fit etiam *infr. §. ult. in fi. tit. prox. de gradib.* Quod ait, Fratrib. integri juris conſtitutis, hoc vult, qui in poteſtate remanſerint atque ita integrum retinuerunt jus agnationis Putant vulgò, Eam conſtit. Anaſtaſij hodie non extare, ſed falluntur. Extat enim *in d. l. pen. C. d. t. & l. 11. ſi ab eo. C. de legit. heredib.* In quas duas leges dicta conſtitutio Anaſtaſij diſcerpta eſt à Triboniano, ut ex inſcriptione & ſubſcriptione apparet: Ejusdemque conſtit. ſuæ meminit ipſe Imp. Anaſtaſius *in l. 4. C de legit.* Sed quod de diminutione hîc affertur, id correctum eſt à Juſtin. *in l. ult. §. 1. C de legit. hæred.* Et conſtitutum ut ipſo jure ſine aliqua partis diminutione fratres ſibi invicem ſuccedant. Quæres, cur hujus emendationis ſuæ nullam hîc mentionem faciat? Reſp. non potuit, quia *d. l. ult.* poſterior eſt Inſtitutionib. noſtris.

Ad §. 2. Eos etiam qui.

Secundò hæc bonorum poſſeſſio datur illis, qui per fœminini ſexus perſonas ex transverſo cognatione junguntur, id eſt, cognatis in ſpecie dictis. Sic .n. hi definiuntur *§. ſunt autem ſupr. de leg. agnat. ſucceſſ.* Rectè autem ait ex transverſo junguntur. Etſi enim etiam in linea directa ſunt cognati per fœminas cognatione juncti, ut nepotes ex filia; hi tamen in primo ordine hodie, & non in hoc tertio vocantur ex conſtit. *ut ſupr. d. §. pen. & ult. tit. 1. h. lib.* Ait Imp. Proximitatis nomine, quomodo & *infr. h. t.* bis, & *init. tit. illud certum. infr. de ſervil. cognat.* & aliàs ſæpè, *ut in l. 4. D. unde cognati. l. 5. D. de legit. hæred.* Quibus omnibus in locis proximitas ſignificat cognationem.

Etſi

Etsi enim etiam in prioribus ordinibus duobus proximitatis ratio habetur, nonnunquam tamen fit ut proximiori præferatur remotior, *ut infr. docebitur ad pr. tit. prox. & §. 1. de serv. cogn.* Hìc autem in cognatis sola spectatur proximitas.

Ad §. 3. Liberi quoque.

Cur liberi adoptivi ad hæreditatem patris naturalis vocantur per hanc bonorum possess. id est, tertio demum ordine & non unde liberi, Ratio jam sup. exposita est *ad §. at hi qui. tit. 1.* Quia scilicet per emancipationem sive dando in adoptionem soluta patria potestate desierint esse sui hæredes: nec etiam à prætore juvantur tanquam liberi. Quia jure civili ipsis est prospectum. Succedunt enim patri suo adoptivo.

Ad §. 4. Vulgo quæsitos.

Liberi vulgo quæsiti tàm inter se invicem quàm matri suæ & aviæ maternæ succedunt, *ut hic & l. 4. l. 8 D. unde cogn.* Cur non & patri? Quia patrem habent incertum vel nullum, *ut hic*, sive patrem demonstrare non possunt, vel possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet *l. 19. & 23. D. de stat. hom. l. 5. D. de in jus voc.* Cumque patrem nullum habeant, neq; consanguineos neq; agnatos habent. Hæc enim jura à patre oriuntur *d. l. 4. D. Vnde cogn.*

Ad §. ult. Hoc loco.

Differentia inter agnatos & cognatos quoad successionem hæc est quod agnati quidẽ ad successionem admittuntur etiamsi longissimo sive decimo gradu sint, idque tàm jure civili quàm prætorio: cognati vero ad *6.* usque gradum & ex septimo gradu filius filiave sobrini sobrinæve, qui proprium nomen non habent quo vocentur *l. 15. §. ult. D. de gradib.* Idem dicitur *in l. 1. §. 3. hæc autem & l. 9. D. Vnde cogn.* Ratio est, quia ulterius rerum natura non patitur cognatorum vitam cõsistere, Unde nec nomina cognationis ibi inveniuntur *Paul. lib. 4. Sent. tit. 11. §. ult. l. 4. D. de gradib.*

Agnationis autem & familiæ jus etiam ulterius propagari potest. Sed hodie cum Justinianus per omnia exæquârit jura agnationis & cognationis, etiam cognati ad longissimum usque gradum admittuntur *d. Nov. 118.*

AD TIT. VI. DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Doctrinæ de gradibus cognitio quare necessaria sit JCto, & quas habeat utilitates, exponit Paulus *in l. ult. in pr. D. de grad. & affin. & nomin. eorum.* I. inquit propter successionem legitimam, quæ etiam causa est, quare hìc de gradibus tractetur. II. propter tutelam legitimam. III. Propter bonorum possessionem unde cognati. Omnia enim hæc proximis cognatis deferuntur, qui excludunt remotiores, *ut supr. d. est.* Scire igitur oportet quis sit proximior, & quis remotior, quod sine hac doctrina de gradibus constare non potest.

test. Preterea sunt quædam personæ, contra quas inviti testimonium dicere non cogimur l. Julia publ. judiciorum, idque ratione cognationis vel affinitatis, de quibus *& in l. 4. & 5. D. de testib.* Cur omisit Jurisconsultus mentionem nuptiarum, an non & illic usum habet hæc doctrina? ℞. Nuptiæ sive matrimonium naturale honestate & pudore nituntur *l. 12. D. de rit. nupt.* Quæ res adeò evidens ac perspicua est, ut naturali luce & paucis regulis prohibitorijs expediri possit, neque hac subtilitate numerationis & supputationis indiget. Vulgo tamen ex jure Pontificio obtinuit, ut etiam in matrimonijs graduum supputatione utantur præter & cõtra jus civile, imò etiam divinum *Levit. 18.* Tametsi non negem, etiam in nuptijs gradus interdum nominari, sed hoc obiter tantum fit, & rarò *ut supr. tit. de nupt. dict.*

Rectè autem conceptus est titulus De gradibus cognationum, vel ut alij legunt, cognationis, Non vero de gradibus consanguinitatis, ut vulgo loquuntur ex jure Canon. *causa 35. quæst. 5.* & ex Isidoro *lib. 9. Etymol. c. 5.* Nam verbum consanguinitatis Iurisconsulti non de omnibus cognatis, sed tantum de fratrib. & sororib. eodem patre natis usurpant. *§. sunt autem sup. de legit. agnat. success. §. vulgo quæsitos 4. de success. cognat.* Cognatos autem hîc intelligere debemus, non tantum eos, qui per fœminas nobis conjunguntur, sed generaliter, ut comprehendantur etiam agnati, qui per virilis sexus personas *§. agnationis quoque infr. h. t.* Pontifices cognationem etiam parentelam vocant *c. 16. causam ext. de offic. de leg. c. 2. & 4. caus. 35. quæst. 5.* & alibi passim. Imo etiam de affinitate hoc verbo utuntur cap. 3. d. loco. Idque inde, quia parentes in libris Feudorum, imo etiam apud Tertull. Lampridium, Capitolinum, Pollionem & alios, dicuntur generalissimè omnes cognati & propinqui. Non etiam est tit. de Gradibus cognationum & affinium vel affinitatis. I. Quia affinitatis gradus nulli sunt *l. 4. § 5. D. h. t.* Affinis enim non generatur ex affine, sed per nuptias constituitur, sive conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptijs, ut ait JC. in *d. l. 4. §. 3 sed quia & §. 8. Sciendũ. D. h. t.* Ad gradus vero constituendos opus est generatione *§. hactenus infr. h. t. & d. l. ult. §. 9. nam quoties. D. eod.* Et memorabilis est vox Azonis *in summa Cod. tit. de nupt.* Hujusmodi affinitatis multa genera constituerunt Decretistæ: quod nihil aliud fuit quàm homines illaqueare. In *d. l. ult. in pr.* quæ huic sententiæ obstare videtur, pro, cognatorum gradus & affinium, monet Cujac. legend. esse affines vel, agnatorum, quorum prius magis placet Alb. Gentili *sup. de nupt. c. 6.* II. Ideò hîc nulla fit affinium mentio, quia etsi affinitatis quoque in nuptijs ratio habetur, à quarundam enim nuptijs abstinendum est veneratione affinitatis *§. affinitatis supr. de nuptiis d. l. 4. §. 7. hoc itaque. D. h. t.* Successio tamen nulla affinitatis jure permittitur, ut *in l. 7. C. commun. de success.* dicitur estque etiam in jure Saxonicp annotatum. Unde vitrico non debetur successio privigni neq; civili neque honorario jure *l. 3. C. eod.* Et quorsum ergo tandem attinebat confingere gradus affinitatis, quorum neque in natura ullum reperitur fundamentum neque vel in matrimonijs vel in successionibus ab intestato, neque in alijs juris articulis ullus est usus? Porrò in hac materia hæc sunt recepta vocabula, Gradus, stemma, linea, prosapia, item Arbor, stipes, stirps, de quibus pauca pri⁹

mediatè pervenitur, sed per communem parentem, ad quem prius ascendendũ est & rursus descendendum *d.l.ult.*§.9. Eam tamen defendere conatur Rob. Bellarm. *lib. de matrim. Sacr. c.* 24. *& 2. seqq.* Quæres, quid si eidem plures sint fratres vel sorores, Multiplicabunturne gradus? Resp. Quantuscunque sit numerus fratrum, omnes tamen inter se sunt in secundo gradu. Cum enim omnes ex æquo ab uno parente sint procreati, pro uno eodemque computantur: neque in plano gradus esse possunt, ut benè monet *gl. hic in verb. a secundo & in* §. *hactenus.verb. Generata infr. h.t.* Tenendæ autem sunt ad rectam graduum supputationé hæ regulæ seu observationes. I. Quod sunt generationes, tot sunt cognationum gradus, Et semper generata persona adijcit gradum *d.* §.*hacten. d.inf.h.t.* Sive (ut ait Paulus) Accedentib. singulis crescit numerus *d.l.ult.* §.9. II. Cum ergo quæritur, quoto gradu unaquæque persona sit, semper numerandæ sunt generationes incipiendo ab eo, eave, de cujus cognatione quæritur, & per singulos gradus proximum quemque numerando. Exempla *vid. hic apud Theoph. & Borcholt. de gradib.* III. Directus limes sive ordo à gradu primo incipit: Transversus à secundo, in quo nullus gradus primus, *l.1.l.9.D.l.ult.*§.*nam quoties D.h.t.* Frater ad fratrem, soror ad sororem secundũ gradum obtinet *l.3. C.de leg.hered.* IV. Ex transverso una tantum est linea, neque necesse est, ut frater, v.g. ad dextram ponatur, soror & cæteræ sinistrorsum ut vulgò fit, sed in eod. collocandi sunt, ut hic fecit Imp. in verb. Ex transverso frater soror. Nec obst. quod ait *Paul.d. l. ult.* §.*S.* Sunt & ex laterib. Non enim novum est, ut numerus pro numero, plurativus pro singulari & contra ponatur: vel etiam ab uno ad alterum saltus fiat. V. Etsi gradus etiam ultra 6. numerari possunt, tamen ulterius non habent propria nomina cognati, nisi quod ex 7. gradu sobrino sobrinave natus natave periphrasi quadam appellatur, qui & propius sobrino dicuntur *l.2.C. commun. de success.* §. *ult.sup.t.prox.* Parentes qui sup. Tritavum sunt, communi vocabulo Majores appellantur: interdum etiam parentes (quamvis hoc impugnet *Valla 6. Eleg.*) Liberi qui infra trinepotem, posteri sive posteriores §. 7. *l.* 220. *liberor. D. de V.S.d. l.ult.* §. *parentes 7. D. h. t.* (Virg. Minores appellat: interdum etiam nepotes) *l.4.*§.*parentem 2.& l.10.*§.*liberos D.de in jus voc l. 51. D. de V. S.* Hic obiter notetur quamvis in Latina lingua nomen liberorum complectatur omnes descendentes in infinitum *dd.ll.* tamé vernacula nostra lingua verbum Kinder de liberis tantũ primi gradus usurpari: & non etiam de nepotibus vel alijs ulterioribus, de qua Germaniæ consuetudine testantur *Modestin.Pistor.cons.52.n.43. vol. 2.* & Matth. Layman in defensione causæ Honoldinæ, *n.46.161.345.post.Zas. cõsil. 7. vol.1.* cui tamen contradicit Joan.Goëdd. *in l.filij appellatione 84. D.de V.S.* Quæ res magnũ habet usum in rectè interpretandis testamentis, & alijs ultimis voluntatib. decidendisque controversijs, quæ inde nascuntur. VI. Etiam agnationis gradus similiter numerantur: ut cognationis: Nam & agnati sunt cognati generaliter accepto cognatorũ verbo *d.l.ult.*§.*cognati. 2. D.h.t.l.pen.*§.*1.D Vnde legit.* Ratio dubit. Cur agnationis gradus nulli esse videantur, hæc est: quia grad' ex generatione oritur, ut sup.dict. Cũ ergò à natura fit, tantũ in cognatione, quæ naturalis est, locũ habere debet, non etiam agnatione, quæ tantũ est quiddam civile. Adde

quod agnati interdum etiam sine generatione constituuntur, v. g. per adoptionem. Ratio tamẽ decidendi est, quia per adoptionem cognatus iisdem aliquis fit (per cognationem scilicet legitimam) quibus fit agnatus *l.23.D.de de adopt.l.12.* §.*ult.D.de ritu nupt.l.1.*§.4.*D.unde cognati.* Ars enim naturam imitatur. §. minorem. sup. de adopt. His igitur observatis proximum jam est, ut ipsa graduum descrip[illegible] uno quoque inspiciatur: quam restituerunt recentiores Cujac. *lib. 6.obs.cap.ult.* Hott. in lib. de gradib. Balduin. Contius. Bodeus & alij. Notandum est aũt quod ait Imp. eleganter: Veritatẽ magis infigi hominũ animis oculata fide quã per aures: cum quo & Horatij versus in Arte Poëtica omnib. noti cõgruunt.

Segnius irritant animos demissa per aurem
Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.

Et *Plaut. Truc. act. 2. Scen. 6.* Pluris est oculatus testis unus, quàm auriti dicent, qui audiunt, audita dicunt, qui vident, plane sciunt. Et Herodot. lib. 1. Magis incredulæ sunt hominib. aures quam oculi Chrysost. homil. 14. in Epist. ad Hebr. ἡ ἀκοὴ ἡμῶν ἀμαθεστέρα τῆς ὄψεώς ἐστιν. οὐ γὰρ οὕτως ἅπερ ἂν ἀκούσωμεν τῇ ψυχῇ παρακατατιθέμεθα, ὡς ἅπερ ἂν ἴδωμεν αὐταῖς ὄψεσιν. Hinc & Cic. *in 2. de Orat.* ait: Ea maxime animis effingi nostris, quæ sunt à sensu tradita atque impressa: acerrimum autem ex omnibus nostris sensib. esse sensum videndi, quare facilime animo teneri posse ea, quæ perciperentur auribus aut cogitatione, si etiam oculorum commendatione animis traderentur, ut res cæcas & ab aspectus judicio remotas cõformatio quædam & imago & figura ita notaret, ut ea quæ cogitando complecti vix possemus, intuendo quasi teneremus. Idemq; *Cic. in 3. De Orat.* oculorum sensum ait esse acerrimum. Interdum tamen fit, quod ait Simmach *lib. 2. epist. 7.* Ut gravius feramus adversa, quæ non videmus, sed ab alijs auditione accipimus. Ea enim hic rerum natura est, ut quicquid ab altero cognoscitur, asperius & majus habeatur. (ita nimirum τὰ πράγματα variant) Quod autem supra monui: Affinitatis nullos esse gradus id Azo quoque admittit *in summa Cod. de nupt.* Sed improprie tamen gradus vocari etiam hic posse putat. Estque horum supputandi ratio facilima: nam quoto gradu quis junctus est uxori meæ jure cognationis, eodem gradu jure affinitatis mihi erit junctus: Et contra, quoto gradu quis mihi est jure cognationis, eod. erit uxori meæ jure affinitatis. Notandum quoque tria esse jure Canonico affinitatis genera ut optime explicat *Cujac. ad Rubr. extra de consanguin. & affin.*

Ad §. Illud certum.

Jam sup. admonui, non rectè hic nóvum poni tit. de servili cognat. sed cohærere hæc cum tit. de gradib. Quod non solum liquet *ex §. repetitis & §. seq. h. t.* verũ etiam ex Theophilo hic, qui nullũ novum agnoscit *tit. & infr. de Except. §. 1.* cum citat tit. de literar. obligat. 21. illum facit, qui vulgo est 22. *Vide vigl. zuich. in præfat. Theophili.* Ad rem quod attinet paulatim sibi viam sternit Imp. *ad tit. de success. libert.* quem rectius fecisset fortasse Tribon. si huic §. præposuisset, ut Hottoman. hic annotat. Servus autem quamdiu in servitute est nec ipse cuiquam succedit, neque ipsi quisquam *l. 4. C. comm. de success.*

Est enim omnis successio ex jure civili, aut certè ex prætorio: Cujus servus non est capax, sed pro mortuo habetur. *l.32. D. de R.I.* (Dices, A prætore saltem agnosci debere servum, quia prætor naturale jus & æquitatem spectare solet. Cujus certè capax est servus. Vulgò hanc rationem reddunt: quia successioni connexum sit onus tutelæ, quam utpote munus civile servus gerere non possit. *l.1. D de tut.* Bodeus hanc: Quia cum ascendentes nullos habeat servus, neque transversales habere potest, qui ab ascendentibus deducuntur.)

Hinc est quod JCti dicunt toties, Ad leges non pertinere serviles cognationes, & servilem cognationem nullam esse, & servos ac libertinos nec patrem nec matrem habuisse videri, ut hîc, & *l. ult. §. 5. non parcimus. D. eod. Paulus lib. 4. sentent. tit. 10. §. ad filiam. Vlpian. tit. 12. §. penult. l. 1. §. 2. pertinent. D. unde cognati.* In qua lege observandum, quod Tribon. interjecerit particulam FACILE, Item delendum esse verbum LEX. Et hæc, intellige, Bonorum possessio unde Cognati, ut rectè monuit Giphanius. Neque solum durante servitute, sed etiam illâ sublatâ adhuc nulla est cognatio servilis, adeò ut ne is quidem cognationes pristinas recipiat qui cum esset liber homo, in servitutem aliqua ratione adactus est, & ex ea postea manumissus *l. 7. D. unde cognati. arg. §. pen. sup. de cap. dimin. l. 21. D. de statu hom.* Cur autem in nuptiis servilis cognatio spectetur. *§. illud certum. sup. de nupt. l. 14. §. 2. serviles. D. de rit. nupt.* Id inde fit, Quia in nuptiis non spectatur jus civile aut prætorium, ut hic in successionibus, sed jus naturale pudor ac honestas *d. l. 14.* Cujus etiam servi sunt participes *l. 32. D. de R. I.* Jure igitur veteri prætor non dabat servis vel libertis possessionem bonorum unde cognati: Justinianus autem id mutavit sua constitutione, quæ est *l. 4. C. de bon. libert.* restituta à Cujacio *lib. 20. obs. cap. 34.* & voluit, ut liberi etiam in servitute nati post manumissionem tàm patri quàm matri succedant, quàm etiam inter sese, si scilicet parentes non supersint, excluso patrono, qui olim excludebat liberos. Huius Constit. infra quoque meminit *in §. sed nostra tit. prox.* Idque adeò verum est ut nihil intersit, Sintne soli qui in servitute nati & ex ea manumissi sint, an cum aliis qui post manumissionem ex justis nuptiis procreati sint: nihil etiam intersit, an ex eodem patre & matre, an ex diversis nati sint. Nam verba illa: (Sive ex aliis nuptiis quæ quidam ita emendant, ut deleant illud Nuptiis, ut Hotom. & Cujac. hîc) verius videtur ut retineamus. Fieri enim posse ut non maneant conjuncti post manumissionem, sive ut non fiant vir & uxor, qui antea erant contubernales, sed ut pater manumissus aliam ducat: atque ita aliæ fiant nuptiæ.

Ad §. Repetitis itaq.

Dictum est supra si plures sint ejusdem gradus agnati vel cognati, eos pariter ad successionem vocari, 2. Gradu proximiorem excludere remotiores, & illis præferri. Hîc jam docet Imp. id non esse perpetuum. Interdum enim etiamsi duo vel plures ejusdem sint gradus, non tamen simul admittuntur: quæ est prima exceptio; Imo interdum etiam remotior gradus præfertur proximiori: quæ est altera exceptio. Exemplum prioris exceptionis est in patruo & matertera.

tertera. Hi enim etsi in eodem sunt gradu, nimirum tertio, patruus tamen materteræ præfertur, eamque à successione excludit, quia patruus est agnatus atque ita in secundo ordine succedentium: Matertera vero est cognata tantum, & proinde in tertio ordine, *ut hic & l. 7. C. de leg. hered.* Aliud exemplum est in sorore & avia vel avo materno. Etsi in eodem gradu sunt, nimirum in secundo, Soror tamen in successione sororis potior est: Potiores autem sunt ad successionem intestati agnationis jure quàm proximitatis venientes. *l. 5. & l 9. C. d. t.*

Aliud exemplum est in patre manumissore & matre. Etsi enim in eodem vterque est gradu, tamen pater manumissor excludit matrem. *§. præferuntur. sup. de SC. Tertull.* Plura exempla ex superius traditis facile ipsi colligetis. Secundæ exceptionis exempla hic afferuntur in vers. Cum enim prima, exempli gratia: Defuncti abnepos potior est ejusdem patre, cum tamen pater sit in primo gradu, abnepos in quarto. Sic defuncti pronepos præfertur ejusdem fratri, tametsi frater sit in secundo, pronepos in tertio gradu, & sic deinceps. Ratio est, Quia primus est ordo suorum, qui agnatis cæterisque legitimis præfertur, imò etiamsi non sint sui sed vel emancipati, vel ex emancipatis nati, vel nepotes ex filia, vel pronepotes ex nepte, adhuc tamen præferuntur. Vocantur enim vel ex jure prætorio, vel ex constit: principum inter suos *ut sup. d. tit. 1. §. emancipati & §.* Item vetustas. Aliud exemplũ secundæ exceptionis est in agnatis, id est in secundo ordine, qui præfertur tertio cognatorum, etiamsi agnatus remotior sit cognato, V. G. Nepos patrui licet sit in quinto gradu, & pronepos in sexto, tamen avunculo & materteræ, qui in tertio gradu sunt præferuntur. Illi enim agnati sunt, hi cognati tantum. Ex his igitur jam intelliguntur superiores 2. regulæ. Cum igitur contentio est inter aliquos de successione, non tantum in quo gradu quisque sit attendi debet, sed etiam in quo ordine. Semper enim primus ordo præfertur secundo & tertio, & secundus tertio in quocunque quis gradu sit. Quod ait de fratre & sorore emancipatis, qui tametsi in tertio ordine, cognatorum scilicet per minimam capitis diminutionem esse cœperint, adhuc tamen vocantur in secundo, & alijs agnatis omnib. præferuntur ex const: Anastasij, de eo jam supra satis *d. tit. De success. cogn.* Sed iterum hic illud admonendum, non parum hic jure novissimo esse mutatum.

Atque hæc hactenus de ingenuorum successione ex jure Vet: XII. tab. & Novo SCtorum & Constitutionum aliquot, itemque ex jure prætorio. Nunc priusquam ad libertinorum successiones pergamus, operæ pretium erit breviter & summatim hic exponere, quid jure Novissimo de successionib. ab intestato sit constitutum, quod & sup. pollicebar me facturum. Jus novissimum appello, quod est in Novellis Justiniani post compositioné Juris nostri, id est Pand. Cod. Instit. editis. Et potiss. huc pertinent. 12. 18. 22. 89 118. 127. Illud tamen initio observandum, Non omnia juris veteris per Novellas esse mutata: Quatenus ergo mutatum non est, manet etiam hodie *arg. l. Sancimus. C. de testam & l. præcipimus. C de appellat.* Primùm autem Sciendum est, loqui nos hic potissimũ non de successione in bona feudalia, sed in bona quæ vocantur allodialia. Deinde sciendum, Ordines succedentium alios esse hodie quàm fuerunt olim. De veteribus

Suorum,

Suorum, agnatorum, cognatorum hactenus dictum. Jure novo primus ordo est descendentiũ: Alter ascendentiũ: Tertius collateraliũ sive cognatorum ex latere vel ex transverso, sive illi per virilẽ sexum, sive per fœmininũ nobis conjungantur. Et hi tres ordines sunt civiles. Quartus est prætorius, viri scil. & uxoris *Nov. 118. & tit. D. & C. unde vir & uxor.* Primus ordo est Descendentiũ, i.e. Liberorum defuncti. Hi n. aliis omnib. tàm ascendentib. q̃ collateralib præferuntur, sublata omni differentia sexus, agnationis item & cognationis: i.e. sive filij sint sive filiæ, sive primi gradus sint, sive ulteriores, sive ex filio sive ex filia, nepote vel nepte & cæteris nati sint Omnes inquã hi præferuntur parentib. defuncti utriusq; sexus etiãsi parentes primo, Liberi v. ulteriore gradu sint. *Nov. 18 §. neq. illo. & §. consideremus. vers. nona. distinguimus Nov. 118.* §. 1. Quæritur, An ẽt in liberis sublata sit differẽtia potestatis & emancipationis? *d Nov. 118.* Et id quidẽ pleriq; putant. Sed verior videtur dissentientiũ opinio. Nihil etiã interest, Sintne liberi naturales, an legitimi sive adoptivi. *§. sui a sup. tit. 1. h. libri.* Deinde nihil interest, Sintne descẽdẽtes primi gradus soli, ut filius, filia: an v. cũ illis concurrãt liberi ulterioris gradus, ut nepotes vel pronepotes ex filio filiáve præmortuis. Hîc. n. in ordine liberorũ regula est, ut proximior nõ excludat remotiorẽ, sed ut simul succedant. *§. cũ filius. sup tit. 1. l. 3. C. de suis & leg. d. Nov. 118. §. 1. vers. siquidẽ.* In ratione tamen succedendi hæc est differentia, ut si liberi primi gradus soli sint, in capita succedant. [*§. cũ filius. sup. tit. 1. l. 3.*] Sin concurrant cũ ulterioribus, in stirpes. Illi. n. omnes ex sua persona & jure succedunt, hi v. ex persona & jure sui parentis, quẽ repræsentant, ut & *sup. d. §. cum filius tit. 1.* Quid juris est de spurijs? R. Distinguẽdum est inter eos, qui ex concubina nati sunt, & eos qui ex illicito & legib. damnato coitu sunt nati. Ex concubina nati, matri quidem succedunt ex asse æqualiter, sive sint soli, sive cũ justis liberis. Idq; ex SCto Orfit. ut sup. d. *ad § novissimè. de SCto Orfit. l. 1. §. 2. D. ad SC Tertul.* Nisi mater sit illustris. *l. 5. C. ad SC. Orfit.* Patri verò, si is etiã justos reliquerit liberos non succedũt, nihilq; ipsis debetur ex bonis patris præter alimenta boni viri arbitratu definienda. *Nov. 89. §. si verò. Auth. licet. §. ab intestato. C. de nat. lib.* Si verò legitima soboles non extet, neq; justa uxor, sextantẽ solum. id est, duas uncias accipiunt, quẽ vel inter se dividunt, si soli sint, vel cũ matre sua, si illa superstit. *d. Nov. 89. §. discretis vers. Enimvero si quis. d. Auth. licet. C. de Naturalib. liberis Nov. 18. §. consideremus. vers nunc etiã si quis.* Et hæc ita sunt, si pater unam tantum habuerit concubinam. Aliud est, si nimium profusa libidine alias super alias induxerit. Is. n. odio dignus ad hanc legem non pertinet. *d. Nov. 89. §. atq, hæc quidem d. Nov. 18. § consideremus. vers. & hæc dicimus* Et hoc est quod ait *d. Auth. licet sola.* Et hæc de nothis ex concubina. Alij v. spurij tantum abest ut succedant parentibus, ut ne quidem alimenta ipsis debeantur *d. auth. licet in fi. C de nat. lib. & auth. ex complexu C de incest nupt. Nov. 18. 89. §. ult & Nov. 144. §. pen.* Quod si parentes ejusmodi nullos habeant justos liberos, hereditas fisco defertur. *Nov 12. §. 1.* Jure tamen Pontificio etiam hi liberi alendi sunt. *c. 5. cũ haberet. in fi. extr. de eo qui duxit in matrem Reform. Norimb. tit. 34. l. 9.* Et hæc de Descendentibus.

Secundus ordo est Ascendentium, id est, Parentum. Nam si defunctus nullos reliquerit

reliquerit liberos,ad hereditatem ejus prox. loco vocantur ejus parentes, nulla differentia sexus,neque agnationis vel cognationis, id est, pater, mater, avus, avia, proavus, proavia, &c. tàm materni generis quàm paterni. Ita tamen ut remotiorem excludat propior,V.G.Pater & Mater avum & aviam,avus proavum, & sic deinceps. *d. Nov. 118.§.2. vers. si vero multi. Auth cessante. C. de legit.hered.* Præferuntur autem parentes omnibus iis,qui à latere veniunt exceptis fratrib. & sororibus defuncto conjunctis per utrumque parentem. Hi enim non excluduntur à parentibus,sed cum illis concurrunt,& succedunt in capita.Imò etiam fratrum præmortuorum filij cum parentibus & fratribus defuncti, de cujus hereditate quæstio est, succedunt,sed jure repræsentationis,id est, ita ut quotcunq; sint pro una habeantur persona, & tantum accipiant quantum parens illorum fuisset habiturus, si vixisset. Cum solis verò parentibus filij fratrum prædefunctorum non admittuntur, sed à parentibus excluduntur. *d. Nov. 118.§. 2. vers. si cum ascendentib.& Nov.127.* Quod si ascendentes sint soli, & quidem si in gradibus disparibus,proximiores tantum vocantur exclusis remotioribus, ut & sup. dixi. Si verò plures sint ejusdem gradus,omnes quidem pariter succedunt, sed ita ut paterni gradus unum semissem, materni alterum accipiant atque inter se partiantur quotquot sint. *d. Nov. 118.§.2.vers. si eundem gradum.* Quod autem quidam existimant,in bonis quæ à patre à linea paterna ad filium pervenerunt, patrem solum succedere exclusa matre,& vice versa in ijs, quæ à matre vel linea materna filio acquisita sunt,matrem solam succedere excluso patre,probandum non est.Uterque enim aqualiter admittitur in bonis, quæ omni jure sunt liberorum *Auth. Itaq. C. commu. de succes. & auth. defuncto. C.ad SC.Tertull.* Et hæc intelligenda sunt de justis parentibus ac legitimis: In naturalibus tantum eadem est adhibenda distinctio,quæ supra in liberis spurijs.Mater enim ex SC.Tertull. liberis succedit in solidum: Pater verò tantum ex duabus uncijs. *l. 2. D. ad SC. Tertull.§.ult.sup.eod.Nov.89.§.pen.vers.Certè in quib.casib.& d.Auth.licet.C. de natur.liber.* Et à liberis injustis ne alendus quidem est pater, sed si justos habeat simul,ab illis aletur, *Nov.12.§.1.vers.at si ex priorib.* Interdum tamen parentes liberis non succedunt,ut si bona liberorum propter ipsorum delicta fuerint confiscata. *Nov.115.§. atque hæc quidem.* Item si parentes se indignos reddiderint hereditate liberorum.Exemplum supra in matre videre licet,quæ liberis tutorem non petijt impuberibus intra annum à morte mariti.*§.pen.tit.de SC.Tertull.* Præterea,mater quæ iterum nubit in pœnam secundarum nuptiarum non pleno jure succedit cum defuncti fratribus & sororibus,sed tantum in bonis extrinsecus quæsitis,id est,castrensibus, quasi castrensibus & adventitijs. In bonis vero paternis,id est,in ijs, quæ à defuncto marito suo vel ejus ascendentibus ad defunctum,de cujus hereditate quæritur,pervenerunt,tantum usumfr. partis suæ cõsequitur,proprietate fratribus & sororibus ejusdem reservata.*l.5. C.ad SC. Tertull.& l.3.§.1.cum auth.ex testamento.C.de secund.nupt.* quæ desumpta est ex *Nov. 22.§.hinc nos alia.* Per quam corrigitur pars *Nov.2.§.optimum.vers.sicut enim parens.* Et quod de matris secundis nuptiis diximus, idem etiam de avia, alijsq; per fœminas ascendentibus intelligendum est.De patre vero & per lineam paternam ascen-

ascendentib. non item: quod tamen vulgò putant *arg. l. 5. generaliter, & auth. Si tamen. C. de sec. nupt.* Item *ex Nov. 22. §. illud non rectè.* Pœna inquam hæc secundarum nuptiarum in patre locum non habet, neque communis est patri & matri ad secundas nuptias transeunti, ut multæ aliæ, cum nulla lege hoc cautum sit de patre, sed tantum de Matre. *d. Nou. 2. §. optimum in verb. Nec qualibet est lex &c.*

Pater ergo etiamsi ad secundas nuptias transeat, tamen pleno jure succedit liberis per omnia. Quam differentiam ratio quoque ipsa suadet. Plus enim debetur à liberis patri quàm matri propter potestatem. Sciendum est tamen, hanc pœnam matri remitti, ipsamque pleno jure succedere filio defuncto, si sola sit, nec ulli ex priore matrimonio extent liberi *l. 3. §. 1. vers. quod si nullam C de sec. nupt.* Quæritur hìc, an etiam jure Canonico pœna illa secundarum nuptiarum matri sit remissa? Et verius est, non esse remissam: Nam *c. pen. & ult. ext. de sec. nupt.* infamiæ pœnâ tamtum liberant mulierem, quæ intra tempus luctus iterum nubit. Non igitur ad alias personas porrigi debet, cum jus novum & correctorium strictè sit accipiendum. Denique si mater post mortem prioris mariti luxuriosè & impudice vixerit, eodem modo punitur *Nou. 89. §. ut & Auth. eisdem pœnis. C. de secundis nupt.*

Tertius ordo est COLLATERALIUM, sive eorum qui ex latere seu ex transverso veniunt. Si enim defunctus nullos neque descendentes neque ascendentes habeat superstites, proximi agnati & cognati ad successionem vocantur, sublata hìc quoque omni sexus itemque agnationis & cognationis differentia *d. N. 118. §. quin in omnib.* In hoc ordine primi sunt fratres & sorores, qui defuncto per utrumque parentem sunt conjuncti, qui excludunt fratres ex altero tantum parente, & in capita sive in æquales portiones succedunt, si soli sint. Sin concurrant cum ipsis liberis ex fratre præmortuo, hi parentis sui tantum portionem accipiunt *d. Nov. 118. §. si. defunctus vers. Quod si defuncto. & Nou. 84. Auth. itaque C. comm. de success.* Dixi fratres & sorores ex altero tantum parente defuncto conjunctos excludi à germanis fratrib. id est à plenis fratribus. Excluduntur etiam à germani fratris prædefuncti liberis, etiamsi hi gradu sint remotiores. Repræsentant enim personam patris vel matris sui *d. Nou. 118. §. Vnde consequentis.* Fratrum porrò & sororum filij si cum patruis concurrant, succedunt defuncto in stirpes. Sin autem ipsi sint soli, in capita. Quæ res cum olim fuisset controversa inter Dd. tandem ita decisa est à Carolo V. Imp. An. 1529. In comitijs Spirensibus, secundum Azonis sententiam *in summa Cod. tit. de leg. hæred. n. 7.* Vid. Zas. *in intellect. singu. & Epit. feud. part. 8. nu. 18.* Quæ sententia jam olim probata fuit etiam veterib. JCtis, ut Cajo & Paulo: sicut videre est *in fragm. vett. JCtorum tit. ult. & Caij lib. 2. Insti. tit 8.* Sed hanc controversiam plenius examinavi in Partitionib. Feudalib. Si defunctus nullos reliquerit fratres ex utroque parente, nullos item ex his liberos, tum admittuntur ad successionem fratres defuncto ex uno tantum parente conjuncti eorumque præmortuorum liberi jure item repræsentationis perinde ut sup. Nec interest an per patrem solum sint conjuncti, id est consanguinei: an per matrem tantum, id est, uterini.

Auth. post fratres. l a. l. 1. C. de legit. hæred. d. Nov. 118. §. si. defunctus. vers. His v. non subsistentib. Sed hoc casu cum fratres sunt ex diversis matrimonijs distinguenda sunt bona, quæ à patre, ejusque linea ascendenti profecta sunt à bonis quæ à matre, & linea materna: Itemque à bonis extrinsecus acquisitis. In bonis primi generis soli Consanguinei sibi invicem succedunt: In alterius generis bonis soli uterini: In tertio genere utrique ex æquis partibus *Nov. 84. §. pen. vers si verò non talis arg. l. 13 C. de leg. hæred. Accurs. in d. Auth. post fratres. & in auth. Itaque. C. commu. de success. Idem in d. Nov. 84. ubi & Cuia.* Quod etiam moribus nostris observatur. Post fratres vocantur reliqui agnati & cognati secundum prærogativam unius cujusque gradus, ut scilicet proximior gradu remotiorem excludat. Sed hîc admonendi sumus, ultra fratres & fratrum filios non admitti jus repræsentationis. In capita igitur & non in stirpes hîc fiet divisio, si plures sint successores *d. Nov. 118. vers. Cæterum si neque fratres. Auth. post fratres. l a. 2. C. de legit. hæred. d. Nov. 127.* Et in hoc tertio ordine ad decimum usque gradum & non ulterius extenditur successio, cum in primo ordine descendentium, & in secundo ascendentium in infinitum permittetur ac porrigatur *§. ult. sup. de success. cogn.* ubi Accurs. & *in d. Nov. 118. arg. §. adhuc. inf. de bon. poss.* Excipiuntur I. cognati militis à latere venientes, qui tantum ad quintum gradum militi succedunt in bonis castrensibus *l. 2. D. de veter. & mil. success.* II. Excipiuntur Collaterales eorum qui vetitas & incestas nuptias contrahunt. Nam hi quoque tantum ad 3. gradum succedunt *l. 6. C de incest. nupt.* Quæritur hoc loco de collateralibus legitimatis, an succedant. Et distinguendum est, ut vel per subsequens matrimonium vel per rescriptum Princ. legitimati succedant: alio modo non item. *Nov. 89. §. tribus. & ibi Bart. & §. reliqui igitur & §. filium verò. l. 9. C. de natur. liber.* Naturales igitur non legitimati non succedunt. Bonorum tamen possessio ipsis datur, si per lineam maternam sint conjuncti, si per paternam, non item *l. 2. & l. 4. si spurius. D. unde cognati.* Incestuosi verò cognati & nefarij, eque damnato coitu nati neque ad successionem civilem sive hæreditatem, neque ad bonorum possessionem vocantur ullo pacto. *Nov. 74. §. ult. & Nov. 92. §. ult. auth. licet in fin. C. de nat. liber.*

Denique notandum si cognati maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt, eos non succedere. Tollitur enim per eas jus cognationis & proinde etiam successio, *ut sup. d. tit. de success. cognat. & §. quod autem sup. de cap. diminut.* aliud est in minima capitis diminutione *l. 11. D. de suis. & legit l. 1. § 8. capitis. D. ad SC Tertull.* Et hæc de tertio ordine succedentium, cognatorum scilicet à latere.

His igitur tribus legitimæ sive civilis successionis ordinibus deficientibus, ad maritum vel uxorem devolvitur successio, quæ est jam prætoria, nimirum Bonorum possessio. *l. 1. D. unde vir & uxor. l. 1. C eod.* Sed oportet ut justum inter illos fuerit matrimonium, neque diremtum ante mortem. Deinde in muliere requiritur hoc amplius, ut intra annum luctus iterum non nubat. Quod si intra annum luctus denuò nubat, non solum infamis fit jure civili, sed etiam

hac

hac ſucceſſione in bona mariti privatur *d.l.un. D. & C. unde vir & uxor, &c. l.* 1. *C.de ſec.nupt.* Sed hoc moribus noſtris ex Jure Pontificio non obſervatur *c. pen. & c.ult.ext. de ſec nupt.* Et quàm inepta ratione Pontifex nitatur, ſupra dixi. Plura de ſucceſſione conjugum addam inf. ad tit. de Bon. poſſeſſ. Poſtremò ſi neque deſcendentes ulli ſuperſint defuncto, neque aſcendentes neque collaterales, neque conjunx (quod tamen rarum eſt) hæreditas quaſi vacans atque caduca ad fiſcum pertinet *l.*1.*& l.*4 *C de bon.vac.* Et hæc de jure noviſſimo hæreditatum legitimarum hîc breviter dixiſſe ſufficiat.

Plura ſuo tempore petere poteſtis ex *Bart.tractatu XXX. Dyno, Cyno Piſtorienſi. Matth. Matthæſyllano, Covarruvia, Ambroſio Schurero, Rolandino Paſſagerio, Noë Meurero in Bibliotheca, And. Pernedero. Anton Contio, Valent. Forſtero, Ferdin. Vaſquio, Michaële Graſſo, Maſuerio, Ioan. Schneidevv. Ioan. Borcholdo,* aliisque qui prolixè de hoc argumento ſcripſerunt: Et Epitomen ejuſdem paucis regulis comprehenſam tradidit etiam Hotomannus *in Partit. Iur. civil.* Itemque apud Oldendorp *claſſ.*5.*act* 5. Et in Reform. Norib. *tit.*33.*&* 2.*ſeqq.* Nunc ad textum noſtrum revertamur, & de Libertinorum ſucceſſionibus, id eſt, quomodo eis ſuccedant patroni, videamus: Quò pertinent duo tituli ſequentes.

AD TIT. VII. DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

QUod patronus & patrona, eorumque liberi libertis ſuis interdum ſuccedunt, id pars quædam eſt Juris patronatus, quod quàm multa complectatur, docet Accurſ. *ad § ſed noſtra in verb. Repleatur & Hotom. hîc, & explicatur latè lib.*37. *Pand. tit.*14. *& ſeqq. Item lib.*39. *D.tit.prior.& in C.lib.*6. *tit.*3. *cum* 5.*ſeqq.* Quod totum jus datur patrono propter ſummum beneficium manumiſſionis *l.* 1. *D. de bon. liber.* De ſucceſſione verò in bona liberti videatur & *Vlp. tit.*27.*& tit. ult. Idemq́. in fragm. vett. ICtorum tit. ult. §. pen. & ult.* Imp. hic de eo ordine IV. explicat; I. Quid lege 12. tab. ſuper ea conſtitutum fuerit 2. Quid edict prætoris. 3. Quid lege Papia poppea. 4. Quid ipſius conſtitutione nova. Cum autem hæc ſola hodie obtinere debeat, de priorib. tribus non videtur conſultum ut plurib. agamus.

Ad init. Tit. Nunc de.

Verba legis. XII. tab, cujus hîc fit mentio, annotat Fulvius Urſinus ad lib. Ant. Auguſtini de ll. nimirum hæc; Liberto quei endoteſtato moritor, quoique ſovos hæres neceſcit, patronos heres eſtod. De ea vid. Balduin. Hotom. Oldendorp. Rævard. & alij. Hoc igitur jure ſive libertus teſtamentum feciſſet, patronus ita excludebatur ab hæredibus ſcriptis, ut nec querelam haberet inofficioſi teſtamenti, nec bonorum poſſeſſ. contra tab. idque propter

 liberrimam

liberrimam facultatem testandi lege XII. tab. omnibus concessam. *l. 120. verbis D. de V. S.* Sive intestatus mortuus esset relicto suo herede, eoque tàm adoptivo quàm naturali, is patrono præferebatur tum propter potestatem, tum propter jus sanguinis. Eo igitur demum casu Patronus admittebatur, quo libertus neque testamentum fecisset, neque suum heredem reliquisset. Quæres, cur agnati proximi liberto non succedunt, *ut sup. de ingenuis*? Resp. Quia libertus nullos habet agnatos. Quàm diu enim servus fuit, tantum abest ut agnationem habuerit & familiam, ut ne cognationem quidem, ut supra *d. ad pr. tit. prox.* Fratres tamen & sorores ei succedunt & patrono præferuntur. *§. Illud certum. vers. hos enim liberos. sup. tit. 1.* Sed hoc est ex nova Constit. Justin. de qua infra.

Ad §. 1. Qua de causa.

Hujus primi juris iniquitas quo pacto per Prætoris Edictum correcta fuerit, hîc satis clarum est, & apud Ulpian. *d. t. ult.* Summa hæc est, ut libertus patrono suo dimidiam partem bonorum relinqueret, sive testatus sive intestatus decessisset: quam si patronus non esset consecutus, vel si ea minus haberet bonorum possess. contra tab. liberti. Excipiebatur is casus, quo liberto erant liberi naturales. Hi enim excludebant Patronum, sive in potestate mansissent, sive in adoptionem dati essent: modò pater illos aliqua ex parte hæredes scripsisset vel præterijsset; non autem prorsus exheredâsset. *l. 1. §. sed & Si. D. de conjung. cum emanc. liber.* Dixi, Liberi naturales. Nam adoptivi pro extraneis hîc habentur, nec patrono obstant quo minus dimidiam bonorum partem consequatur, ne scilicet in potestate liberti fortè ingrati sit patronum fictitijs adoptionib. excludere. Observanda hîc est differentia inter liberos exhæredatos & præteritos, ejusque ratio, Cur scilicet his detur bonorum possessio contra tabulas *§. emancipati. supr. de exhær. lib.* Illis non detur *l. 1. §. Si pater. D. de conjung. cum emancip. lib. l. 8. D. de bon. poss. contr. tab.* Quia præteriti liberi per oblivionem potius quàm destinata voluntate testatoris omissi videntur, ideoque facilius à prætore juvari possint. At in exhæredatis certum est testatoris judicium & voluntas, Cui proinde non debet prætor repugnare, sed eam tueri potius & exequi. Quid si libertus moreretur intestatus nullo relicto suo hærede? Hoc casu dubium non est quin tota hæreditas ad patronum pertineret, ut ex 12. tab.

Ad §. 2. Postea vero.

De lege Papia ejusque varijs capitibus prolixè explicat Justus Lipsius in comment ad lib. 7. Annal. Taciti. Hoc tantum in genere observatur, Eam imperante Augusto Coss. M. Papio Mutilo & Q. Poppeo latam esse, idque duab. potissimũ de causis, tum ut ærarium diuturnis bellis civilib. exhaustum augeretur: tum ut Respub. civib. repleretur propositis præmijs numerosæ sobolis. Interdum etiam dicitur lex Julia & Papia, Quia lex Julia de adulterijs sive de maritandis ordinibus in eam transfusa est.

Quod

Quod ad hunc locum attinet, hac lege illud constitutum fuit, ut si libertus centenarius, id est, qui centum millia Sestertiûm in bonis haberet, tres liberos reliquisset, ij patronum à successione penitus excluderent. Si duos, virilem, id est, tertiam partem patronus acciperet. Si unum, dimidiam: Idque sive testatus sive intestatus decederet libertus. Si nullos reliquisset liberos, & testamento facto extraneos heredes instituisset; patronus similiter dimidiam partem acciperet, & alteram heredes scripti, sive ij pauci essent numero, sive multi. Denique si & intestatus & sine liberis moreretur, ut tota hæreditas ad patronum pertineret. Quò pertinet *l.145.D.de V.S.* qua dicitur, virilis appellatione interdum & totam hæreditatem contineri. Quod autem Cujac. *lib.3.obs.cap.13. & lib.17.cap.13.* hîc pro intestatus legendum putat Testatus, emendatio probabilis videtur: eamque & alij plerique amplectuntur. Nam ut modò d. Si libertus decederet intestatus sine liberis, ad Patronum ejus non dimidia pars, ut hîc dicitur, sed tota hereditas pertinebat.



Ad §.3. Sed nostra.

Justiniani Constitutio, quæ quartum jus continet de hac successione, fuit *l. ult.C.de bon.liber. & jure Patr.* Quæ cum perijsset, quòd Græca lingua esset composita, ut & alijs multis accidit, tandem à Cujacio restituta est ex Basilicis *lib.20.obs.cap.34. de qua & sup. d. ad tit. praeced.* Totum autem jus patronatus Imp. ea complexus fuit: potissimum tamen id quod est de successione in bona libertorum, cujus summa hîc refertur, quæ est. Ut si libertus minor sit centenario, id est, minus centum aureis in bonis habeat & testatus moriatur, patronus omninò à successione excludatur. Si verò intestatus, nullis relictis liberis, patronus succedat in solidum ex L. XII. tab. Quod si libertus major sit centenario & liberos reliquerit, qui hereditatem vel bonorum possess. patris sui non repudiârint, quod quidem facere possunt *arg.l.6.§.si filius.D.de bon.liber.* tum ut patrono nihil debeatur, sive testatus sive intestatus libertus decesserit. Testamento autem facto, quo patronum præterierit, cum vel nullos haberet liberos, vel quos haberet, exhæredasset alijs institutis heredibus, ut patronus tertiam partem per bonorum possessionem contra tab. à scriptis hæredibus avocare, aut si quid ipsi testamento fuerit relictum quod minus sit tertia parte ut supplere possit, eaq; tertia pars ut libera sit ab omni onere, v.g. lègatorum vel fideicõmissorum, quæ aliàs certis personis, (ut parentibus & liberis) præstare debet etiam bonorum possessor contra tab. *l. 1. D. de legat. praest.* Quod si patronus hanc tertiam sibi debitam repudiet, manet onus legatorum & fideicommissorum ei annexum & cohæret ei pars illa, cui accrescit *l.cum patronus.D.de leg.2.* Sed quod diximus de liberis exheredatis, eos non obstare patrono, id intelligendum est, si exhæredatio fuerit justa. Et hoc est quod ait Imp. ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta. Deinde notand. Quod præteritos à matre & avo materno conjungit cum exheredatis à patre. Matris enim & aui materni præteritio tantundem valet, quantum exhæredatio patris *§ ult.supr.de exhered.liber.* Præterea observand. Aliter centenarium accipi in L. Papia: nimirum qui 100000. HS habet: aliter à

Justiniano, accommodatè scilicet ad illa tēpora, quib. res nummaria vetus, ut fit, jam mutata erat. Unde apparet, nihil hic opus esse emendatione ea quam tentat Hotom. qui pro centum priore loco leg. vult Mille, & mox pro Mille centum quo nomine eum rectè quidem reprehendit, sed nimis acerbe exagitat Cujac. *lib. 19. obs. c. 31.* Addendum hîc quod jam *supr. fuit tit. prox.* Fratres & sorores liberti eidē succedere, & præferri patrono. Porrò non solum ipse qui manumisit ita his casibus, ut jam dictum succedit, sed etiam ejus uxor & liberi, & cognati à latere. Nam & hi manumissoris jure censentur *l. 38. D. de bon. libert. l. 8. D. de assig. lib. l. 8. §. 1. & l. 10. §. 5. liber. & seqq. D. de in jus voc.* Parentes vero patronorum etsi in edicto de in jus vocando continentur: *d. l. 10. §. liber.* hîc tamen ad successionem non vocantur. Et quidem liberi Patroni utriusque sexus hîc in bona libertorum succedunt, etiamsi parentibus suis non successerint *l. 41. D. de bon. libert.* Sed de cognatis à latere observandum quod ait Imp. Eos ad 5. usq; gradum tantum succedere. In quo differt hæc à successione ingenuorum *l 2. D. de suis & legit. §. ult. sup. de succes. cogn.* Deinde sciendum, Bonorum possessionem quæ datur Patroni cognatis, vocari solitam bonorum possessionem tanquam ex familia *Theoph. in §. sunt autem infr. de bon. poss.*

Quid autem si plures sint liberi vel cognati, Idq; vel unius vel plurium Patronorum, ut si duo vel plures eundem servum manumiserint? Hîc quoque idem est servandum quod in successione ingenuorum, *ut supr. d. est.* Nam si plures illi sint ejusdem gradus, pariter omnes succedunt, & in capita seu viriles portiones dividunt liberti bona. Si vero diversorum sint graduum, proximior remotiorem excludit, v. g. Patroni filius ejusdem nepotem, de quo vid. Ulpian. *lib. reg. tit. 27.* Non igitur locum hîc habet jus repræsentationis, per quod unà cum filio in successionem ingenuorum admittitur *l. 23. §. 1. D. de bon. libert.* Quæ cum ita sint, rectè ait Imp. se jura ingenuitatis & libertinitatis penè consonantia fecisse in successionib. Penè, q. d. non tamen per omnia. Manent enim quædam inter illa differentiæ, de quo & Theophilus hîc videatur *in §. cumq; antea infr. de bon possess.*

Ad §. ult. Sed hæc.

Ex supra dictis intelligitur, quinam veniant appellatione patroni. Hîc jam exponitur, quinam sint liberti, quib. ita succedatur. Et ait, Quocunque modo manumissi ad civitatem Romanam pervenerint, libertos esse. Est enim hodie unum duntaxat libertinorum genus, sublata veteri differentia, Dedititiorum Latinorum Junianorum & civium Romanorum *l. un. C. de dedit. libert. toll. & l. un. C. de Lat. libert.* Qua de re jam *supr. de lib. 1. tit. de libert. §. ult.* Quod autem hîc in fi. ait Imp. quibusdam adjectionibus, puto idem esse cum eo, quod ait in *fi d. t. de libert.* Multis modis additis. Aliter tamen Cujac. *lib. 10. obs. cap. 21.* Aliter Alciatus *lib. 1. Parerg. cap. 15.*

Postremò observandum, hanc successionem non amitti capitis diminutione *l. 23. D. de bon. libert.* Etsi enim hæc successio legitima est, utpote ex XII. tab. &

tab. & constit. tamen ratione naturali nititur, propter grande scilicet beneficium libertatis *d.l.1.D.de bon. libert.* Maxima tamen & media capitis diminutione amittitur, sed per restitutionem recuperatur *arg.l.10.§.6. sed si per pœnam. D. de in jus voc.*

AD TIT. VIII. DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dictum est tit. præced. non tantum Patronum ipsum, id est, eum qui manumisit, liberto succedere, sed etiam ejus liberos: & quidem si plures illi sint in eodem gradu æqualiter, sivè in capita ipsos succedere. Ejus regulæ exceptio hîc affertur introducta per SCtum nomine carens, quod Claudianis temporib. factum est, *§.ult.infr.h.t.l.1.D. de aßig. liber.* Ubi & verba ejus commemorantur. Exceptio hæc est, Nisi patronus uni ex liberis libertum assignaverit. Assignatio enim hanc vim habet, ut quantum ad bona liberti attinet eum solum faciat patronum ipsius, cui assignatus est, & cæteri liberi in illis nihil habeant juris. Dixi, quantum ad bona liberti, *ut hic init. tit.* Nam assignatio uni facta cæteras partes juris patronatus non aufert reliquis liberis. Ratio hujus Exceptionis est patria potestas, *ut hic.§.Datur autem in verb. In potestate habebit.* Per quam potest pater non solum plus uni liberorum dare quàm alteri, sed etjam planè ab hæreditate sua excludere quem vult *l.11. D. de suis & legit. t. t. supr. de exher. liber.*

Deinde permittendum hoc fuit patri propter beneficium manumissionis servo præstitum, Adsignare sive attribuere alicui libertum: hæc enim duo idem significant & valent *l.11.D.h.t.* quid sit, docent tum verba SCti, tum Modestinus *in l.107.D.de V.S.*

Non est autem asignatio, si pater filijs alimentorum causa libertos attribuat *d.l.11.* Dicemus igitur. 1. Quis & cui asignare posit. 2. Quem asignare posit. 3. Ubi & quomodo posit. 4. Quis sit asignationis effectus. 5. Quomodo is effectus asignationis expiret & evanescat.

De primo ait Imp. Licere parenti uni ex liberis. Parentis verbo hic non intelligenda est mater neque avus maternus. Hi enim liberos in potestate non habent, sed pater & avus paternus. Non solum autem Pater filio filiave, sed etiã avus nepoti neptive asignare potest *§.nec tantum. infr. h. t. l.3.in pr. & §.1.§.pen. D.eod.* Nam ut parentum ita & liberorum appellatio generalis est: ut autem aliàs postumi pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, ita & hîc liberorum appellatione continentur *arg.l.5.D.de oper.libert.* Nam postumo asignare quoq; potest pater *l.ult.§.1.D.h.t.* Sed & exheredatis potest *l.1.§.5.sed etsi.D.h.t.* An & emancipatis? Emancipato soli asignare non potest, sed simul cum alio, qui in potestate sit potest. Atq; ita intelligenda est *l.9. D. eod. & l.3.§.4. Emancipatos.D.d.t.Cuiac.hic.* Liberi autem patroni libertum patronum liberis suis asignare non possunt, quamvis sibi à parente asignatus fuerit *l.8.D.h.t.*

Sic

Sic & aliàs fit, ut per alium quis habeat quod per se non haberet *l. 8. non putavit. §. ult. D. de bon. poss. contr. tab. l. 62. quædam. D. de acq. rerum dom.*

De Secundo ait Imp. Libertum. Ut autem aliàs masculinum sub se compræhendit fœmininum *l. 1. & ibi Dd. de V. S.* ita & hîc liberta quoque assignari potest. De qua tamen propter verecundiam sexus dubitari poterat. Item assignari potest etiamsi qui apud hostes est, propter spem scilicet postliminij *l. 1. §. is. quoque. D. h. t.* Quamvis autem SCtum singulari sermone utatur, tamen & pluribus liberis & plures libertos assignari posse certum est *d. l. 1. §. 1. D. eod.*

De Tertio. Potest assignatio fieri & in testamento & abintestato, etiam codicillis, ac ut Fideicommissa solo nutu. Item per Epistolam vel testationem vel Chirographum, item tàm purè quàm sub conditione. Ex die quoque certa non autem usque in diem certum *l. 1. §. 3. assignare. l. 7. & l. 10. l. ult. §. ult. D. eod.* Et qualibuscunque verbis, etiam non solennibus, *ut hic in fi. tit.*

De Quarto. Effectus assignationis hic est, ut post mortem patris solus is habeatur patronus, cui libertus assignatus est, cæterosque liberos à bonis ejus omninò excludat, *ut hic in pr. in verb. ut post mortem ejus.* Non tamen assignatio hæc alia quoque jura patronatus liberis adimit, ut & supra dictum. Quòd si duo sint ejusdem liberti Patroni, assignatio ab uno facta non obstat quò minus alter patronus jus suum solidum retineat *l. pen. D. h. t.* Huc pertinet, quod assignatio neque ut legatum, neque ut fideicommissum percipitur, sed peculiari quodam jure, neque fideicommisso onerari post *l. 7. D. eod.*

De Quinto. Evanescit assignatio & cæteri liberi pristinum jus recipiunt. 1. Si is, cui assignatio facta est, sine liberis decesserit, *ut hic* sive ut SCtum loquitur generalius, Si in civitate esse desierit *d. l. 1. D. h. t.* 2. Si is postea emancipatus fuerit, quia in eum casum incidit assignatio, à quo incipere non poterat *§. datur vers. autem unde quærebatur h. t.* Aliud tamen est, si post assignationem exhæredatus fuerit, nisi hoc animo exhæredetur *l. 1. §. 6. sed si post D. h. t.* 3. Si is, cui assignatus est, repudiaverit libertum *d. l. 1. §. 7. sed si is. D. h. t. & l. 4. D. eod.* Quærunt hîc Interpp. An pater plurium liberorum uni ex filijs assignare possit feudum? Et rectè negant posse, de quo vide Comment. Giphan. de Feud.

Coss. qui hîc nominantur sunt Vellejus Rufus & Oscorius Scapula, suffecti tantum, non ordinarij.

AD TIT. IX. DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dictum est hucusq; de hereditate tàm testamentaria quàm legitima: qui primus est modus civilis acquirendi per universitatem. Sequitur jam Bonorum possessio, qui est alter modus, quo per universitatem res nobis acquiruntur, sed prætorius *§. hactenus. supr. per quas person. cuiq; acquir.* Huic autẽ tit. respondent in *Pand. totus lib. 37. & bona pars 38. In Cod. li. 6. t. 9. cum 10. seqq.* De bonorũ possessione hæc capita breviter explicabimus. 1. A quo & quib. de caussis introducta sit. 2. Quam habeat vim & quem effectum, & quid ab hæredita-

te differat. 3. Quid sit bonorum possessio. 4. Quæ sint ejus species: Ex quib. simul intelligetur, quibusnam personis una quæque species detur. 5. Intra quod tempus & Quomodo Bonorum possessio peti debeat vel agnosci.

Ad init. Tit. Jus bonorum.

De primo ait Imp. Bonorum possessionem à Prætore esse introductam. Est igitur hæc successio prætoria seu honoraria, Ex quo fit ut bonorum possessor interdum etiam dicatur hæres & successor prætorius vel honorarius *l. 5. in fi. l. 6. 7. & 8. D. de alien. jud. mut. caus. fact. l. 138. D de V. S. l. 117. D. de R. I. & alibi.* Causa, cur introduxerit, non una est: Partim enim emendandi, supplendi & impugnandi, partim etiam confirmandi juris civilis causa tàm in successionibus ab, intestato quàm ex testamento, ut hîc Imp. exponit. Hoc enim est officium prætoris, cum sit legum custos & quasi viva vox Juris civilis, non solum tueri & exequi illud, verùm etiam ubi opus est, ejus asperitatem ac rigorem mitigare, defectum supplere & iniquitatem corrigere. Unde & restitutiones in integrum & Exceptiones per Prætorem ex æquo & bono introductæ sunt: de quibus aliàs: Ita & hîc cum lex 12. tab. nimis angustis finib. arctâsset successiones, ut pote quæ Suos tantum & agnatos ad successionem ab intestato vocabat, ideoque sæpe contingeret, ut sine successore aliquis moreretur: *Duar. lib. 2. Disp. cap 38.* prætor suas partes interposuit & angustias illas dilatavit, ac plures successores constituit, quod exemplis hîc declaratur. Non solum enim ipsis defunctis triste ac luctuosum est non habere successorem, ut ita creditores bona eorum occupent ac distrahant cum ignominia quadam *arg. §. licet. supr. quib. ex caus. manum. non lic l. & quia. D. de interrog. act. Et Cic. pro Quintio:* Sed etiam creditorib. hæreditarijs incommodum hoc est, si non habeant quos convenire possint *arg. §. cum igitur infr. h. t. & l. 1. D. de succeß. edict.*

Confirmandi quoque juris civilis gratia quasdam bonorum possessiones introduxit, ut videre est in illis, quas dat ab intestato Suis & agnatis: Item secundum tabulas heredib. rectè scriptis & cæteris, quibus non quidem necessaria est bonoru possessio, cum jure civili satis sint muniti, est tamen utilis: Quia ut duab. anchoris niti tutius est, ita & duplici jure, civili scilicet & prætorio.

Secundo. Effectus bonorum possess. hic est, non quidem ut is qui solo jure prætorio, non etiam civili vocatur, ipso jure fiat heres, sed tamen ut loco heredis constituatur, omniaque ea jura consequatur, quæ ipse heres. In effectu igitur heres & bonorum possessor nihil differunt *l. 2. D. h. t. Ulp. lib. Reg tit. pen. §. pen.* Omne enim jus, quod per causam hereditariam nanciscitur heres, ad eum transfertur, quem Prætor heredis loco constituit *l. 13. D. de bon poss. cont. tab.* Cur tamen ipso jure is non fiat heres, id inde est, quia prætor non potest facere heredem. Hereditas enim, (ut & dominium,) est civilis, & per legem aliamve juris civilis partem, ut per SC. ac Constit. Principum tribuitur, *ut hic vers. Quos autem.* Idemne ergo sunt per omnia Bonorum possessio & hereditas? Imò in longè plurimis differunt, quæ differentiæ copiosè hîc exponuntur ab Hotomanno, à quo peti possunt.

Tertio Definitur Bonorum possessio ab *Ulp. in l. 3. §. 2. Bonorum. D. h. t.* quod sit jus persequendi retinendique patrimonij sive rei, quæ cujusque cum moritur fuit. Quam definitionem explicat Alciatus *lib. 4. Parad. cap. 1.* Bonorũ appellatio hîc non est intelligenda deducto ære alieno, *ut in l. 39. §. bona. D. de V. S. & alibi*, sed successionem universitatis significat, quæ etiam commodum & incommodum contineat *l. 1. & d. l. 3. in pr. D. h. t.* Definitur bonorum possessio jus, ut & ipsa hereditas est jus sive in jure cõsistit § *Incorporales. supr. de reb. corporal. & incorp.* Imò etiamsi nihil corporale in hæreditate sit, tamen rectè bonorum possessio dicitur agnita *d. l. 3. §. 1.* Longè enim aliter hîc intelligend. est possessionis verbum quàm in tit. de acquir. poss. item in tit. de bonis autoritate Jud. possid. item de ventre in possessionem mittendo. &c. Unde etiam ut maximè quis agnoverit hanc bonorum possessionem, adhuc tamen res corporales ejusdem hereditatis non intelliguntur possideri, sed si vacuæ sunt, eas occupare & apprehendere debet; si fortè ab alijs possessoribus tenentur, avocare ab illis interdicto, Quorum bonorum *l. 1. & l. 2. D. quor. bon.*

Dicitur in definitione jus persequendi, ut intelligamus bonorum possessorem non habere juris civilis & ordinariam executionem, sed juris prætorij persecutionem *l. 178. §. actionis. D. de V. S.* Additur porrò in definitione Retinendi, arg. regulæ juris, Cui damus actionem, eidem multo magis exceptionem & retẽtionem competere dicimus *l. 156. §. 1. D. de R. I.* Facilius. n. semper retinetur quid quàm acquiritur & petitur. Potest autem bonorum possessor persequi res hereditarias, quas non habet, retinere quas habet. Ad persequendum datur ipsi tum interdictum Quorum bonorũ, ut modò dixi (quod, ut omnia Interdicta, tantũ est de possessione,) tùm petitio hæreditatis quæ possessoria dicitur. Tantundem autem per eam consequitur, quantum hæres civili hereditatis petitione *t. t. D de poss. hered. petit.* Quod dicitur in definitione, Patrimonij sive Rei, significat omnes res hereditarias, sive sint corporales, sive in pecunia, sive in nominibus sive in juribus consistant, hic contineri. Sic etiam in L. Falcidia conjunguntur hæc verba, quam pecuniam, quasque res. Denique hæc verba, quæ cujusque cum moritur fuit, ideò adduntur, Quia sicut hereditas non est viventis, ita neque bonorum possessio, quæ mortis demum tẽpore alicui defertur *l. 2. §. 1. D. de bon. libert.*

Ad §. 1. Sunt autem & §. 2. Sed eas quidem.

Divisiones bonorum possessionis hæ sunt: 1. Alia est ex testamento sive Testamentaria, alia ab intestato: quomodo etiam hæreditas dividitur. Ex testamento sunt duæ, contra tabulas & secund. tab. Ab intestato olim erant octo, hodie quatuor ordinariæ & una extraordinaria §. *sed eas quidem & septima infr. h. t.* Connumeratis igitur tàm illis quæ ex testamento sunt quàm quæ ab intestato, olim erant decem in universum; hodie 6. quibus additur septima ut dixi, extraordinaria. Quas autem & quare Imp. sustulerit & quam addiderint prætores, satis ipse explicat. 2. Aliæ Bonorum possessiones sunt Edictales, alia est Decretalis *l. 1. §. decretalis D. de succes. edic. l. 2. §. dies. & seq. D. quis ordo in bon. poss. l. 30. §. 1. D. de acquir. hered. l. 1. §. 1. D. unde lib.* Edictales sunt quæ edicto propositæ sunt, ipsoque

que jure sine decreto & causæ cognitione competunt, quales sunt omnes illæ, quas modò enumeravimus. Decretalis bonorum possessio est quæ non datur nisi per decretum magistratus pro tribunali sedentis, & causam cognoscentis ac decernentis. Talis est bonorum possessio Carboniana, quæ datur impuberi, cui status controversia movetur *tot. tit. D. & C. de Carbon. edic.* de hac & de ea quæ ventris nomine tribuitur, item de illa quæ litis ordinandæ gratia de inofficioso testamento vide Mynsi. ad §. Septima in verb. & extraordinarium *infr. h. t.* Pluresque species Decretalis bonorum poss. recenset Scip. Gentilis collega meus *lib. 1. de Iurisdict. cap. 22.* Sic & restitutiones in integrum aliæ sunt edictales, alia decretalis, ut restitutio minorum. 3. Bonorum possessio alia est cum re, alia sine re, *Vlp. tit. pen. § ult.* cum re, id est, cum effectu, ut scilicet is qui accepit etiam retineat bona. Sine re, cum bonorum possessio licet agnita nihil tamen ipsi prodest, quia scilicet alius legitimo jure hereditatem ab ipso evincere potest. Sed hoc tit. tantum primæ divisionis species exponuntur. De his igitur breviter dicamus, reliquis duabus divisionibus omissis.

Bonorum possessiones testamentariæ duæ tantum sunt, ut & supra d. una quæ contra voluntatem defuncti datur, eamque rescindit, & dicitur contra tab. Altera, quæ est secundum voluntatem defuncti, & dicitur secundum tabulas *l. 6. §. 1. D h. t. l. 1. D. de legat. præst. t. t. D. & C. de bon. poss. contra tab. & sec. tab.* Cur de testamentaria bonorum possessione prius agatur quàm de ea, quæ ab intestato, ratio ordinis eadem est quæ supra in hereditate *l. 39. D. de acquir. hered. & l. 80. quàm diu. D. de R. I.* Prætor enim ut aliàs subsequi solet jus civile *l. 14. D. de test.* Idem & hîc fecit *l. 1. D. si tab. test. nul. ext.* Præcedit contra tabulas propter rationem, quam reddit *Vlp. l. 2. in pr. D. de secund. tab.*

Quia ea datur liberis præteritis. Æquissimum autem fuit ad illos primò bonorum possessionem contra tab. pertinere, ijsq; deficientib. demum judicium defuncti sequitur prætor, danda scriptis hæredib. bonorum possessione secundū tab. Hinc est quod contra tabulas sæpè appellatur primum edictum aut prima pars edicti, ut altera Secundū tab. dicitur sequens pars edicti *l. 4. & 12. D. de Carb. edict. & l. 2. & 41. D de bon. liber.* Utraq; aūt bonorum possessio tàm contra quàm secundum tab. vel directa est vel utilis. Directa est quæ datur contra vel secundū testamentum scriptum. Utilis quæ contra vel secundum nuncupativum testamentum *l. 1. C. de bon pos. cont. tab. libert. l. ult. C de secund. tab. l. ult. in fi. pr. C. de codicil.* Cur directa non detur secundum nuncupationem, ratio est, quia testamentum nuncupativum prætor non agnoscit, utpote in quo non sunt signa VII. testium, quæ ipse in testamento scripto introduxit *§. sed prædict. i. sup. de testam. ordin.* Deinde in utraque bonorum possessione tabulas accipere debemus pro testamento non solum in tab. ligneis ceratisque, sed in quacunque materia scripto *§. nihil interest sup. de testam. ord. l. 1. in pr D. de sec. tab.* Præterea in utraq; necessariū est, ut testamentū non sit scriptum notis seu singularib. literis, sed integris literis *l. 6. §. ult. D. h. t.* Contra tab. igitur, q̄ etiā cōtra lignū dicitur dari *l. 19 ff. de cont. tab.* est, quæ contra defuncti voluntatem datur. 1. quidem liberis præteritis, ut hîc. Horum. n. prima est causa etiā jure civili, quod prætor imitatur *ut & sup.*

supr.d.l.1.§.1.D.de cont.tab. Exheredatis autem ritè nō datur, sed illi habent querelam inofficiosi, quæ est ex jure civili *l.8.in pr.D.de contr.tab.* Non solum autem jam natis, sed etiam postumis datur *l.1.§.2.hæc autem.D.de cont.tab.l.ult.eod.* Est autem hæc bonorum possessio primum quidem introducta propter liberos, qui ex patria potestate exierunt. His enim necessaria planè fuit, utpote quib.jure civili non esset consultum §. *Emancipatos supr.de Exher.liber.*

Neque enim Pater eos instituere cogitur, neq; ab intestato ei succedunt §.*Emancipati.sup.tit.1.h.lib.l.1.§.6.& sui juris cum l.13.D.de cont.tab.* Datur tamen etiam Suis, quamvis hi & jure civili muniti sint & succedere possint, nimirum Testamentum dicendo nullum, in quo ipsi sunt præteriti §. 1.*sup. de exhered. lib.* Et proinde bonorum possesio ista ipsis non sit necessaria *l.7.D de inoff testam.* Est tamen utilis ea ratione, quia per eam impediri potest bonorum possesio, quæ alias secundum tabulas scripto heredi daretur *l.ult.C.de cont.tab.* Ratio, cur liberis præteritis hæc bonorum possesio detur, est, quia injuria afficiuntur per præteritionem non minus quàm per exhæredationem *l.31.C.de fideicomm.* Sicut etiā exhæredatio injusta injuria est quædam *l.4 D.de inof. testam.* Cæterùm hic animadvertendum est, etiam hodie emancipatis liberis non necessariam, sed utilem tantum esse hanc bonorum possesionem, posteaquam Justin.constituit *in l.4.C. de liber. præter.* ut æquè liberi emancipati atque Sui testamentum faciant nullū, in quo sunt præteriti. *De quo vid.§ sed hæc quidem sup.de exhæred. liber.*

Præterea observandum, hanc bonorum possesionem dari liberis præteritis à patre, vel avo paterno, non autem per matrem vel avum maternum *l.4.§.2. id testamentū.D.de cont. tab.* De liberis adoptivis repetenda est hic distinctio sup. tradita *in §.adoptivi.tit.de exhær lib.& §.Testamento.vers.nostra autem supr. tit. 1. h.lib.* Item *lib.1.tit.de adopt.* Secundò hæc bonorū possesio datur etiam patrono contra testamentum liberti, in quo præteritus est §.*cumq; antea infr.h.t.* In eo tamen differt hæc à superiore quæ liberis datur. 1. Quod illa datur contra ipsum testamentum, sive contra lignum, ut vulgo dicebatur *l.4.in pr.& l.19. D. de cont. tab.* Id est, Etiamsi heres scriptus bonorum possesionem, quæ est secundum tab. non agnoverit, modò agnoscere potuerit. Hæc autem quæ patrono competit, non est contra ipsum testameutum, sed contra heredem scriptum. Si ergo is hereditaté non adierit, vel bonorum poss. secund.tab.non petierit, nō datur *d.l.4.& l.3.§.5.ut patronus.D.de bon.libert.* 2. In eo, quòd illa datur contra testamentū patris totum: hæc patrono non datur in totum, sed tantum quoad partem bonorū liberti *l.1.C.de cont.tab.liber.l 6.in pr.D.h.t.l.20. D.de jure patr.* Olim quidē in semissem, hodie in trientem, ut exposui *sup.ad tit.de succes. lib.* quæ huc pertinēt. Illis addendæ sunt aliquot exceptiones, quib.ista bonorū possesio contra tab. liberti patrono non datur. 1. Si post mortem liberti patronus elegerit donum, munus, vel operas liberto impositas, ut eas præstet hæres script⁹ *l. ult. C.de cont. tab. lib.* Hæc.n.electio Patrono datur tàm ab intestato quàm ex testamento *d. l. 20. D. de jur.patr.* 2. Si patron⁹ major annis 25. libertū cap.accusaverit *l.10.D. de jur. patron.* Nā hoc casu nec ad legitimā hereditatem admittitur *l.11.D.eod.* Est a. capitis accusatio, cuj⁹ pœna est mors aut exiliū sive deportatio *d.l.10.& l.13.D.h.t.* Quod tamē liberis patroni nō nocet *l.17.D.de ju.patr.* Dixi major annis 25.*ex l 9.D.d.t.*

Nam minor in integrum restitui potest. 3. Si patronus libertum adegerit ad jusjurandum, *D. de in jus voc.* Et hoc liberis quoque ejus nocet, ut & ipsi nihil in eo juris habeant *d. l. 15.* 4. Si aliquid (vel uncia una) relictum fuerit patrono, non datur ei bonorum possessio contra tabulas, sed agere debet ad supplementum. *l. 21. §. 1. D. de jure patr. ut & sup. d. tit. de success. libert.* Dixi, Quomodo liberis præteritis, quomodo item patrono hæc bonorum possessio detur. Sciendum est autem etiam parentibus manumissoribus dari. *l. 1. in pr. D. Si à par. quis manum.* Et hæc satis sint de Bonorum possessione contra tabulas, prima specie bonorum possessionis testamentariæ. Sequitur altera, nimirum quæ voluntatem defuncti conservat, ideoque SECUNDUM TABULAS dicitur: Interdum etiam juxta tabulas, ut apud Ulpian. *tit. 23. §. 5. si septem in lib. Reg.* Ea datur omnibus illis, qui rectè facto testamento heredes instituti sunt, sive omnibus jure scriptis heredibus *ut hic* §. 1. Inutilis autem institutio nec ad bonorum possessionem proficit *l. 6. D. de secund. tab.* Sed quænam est hoc casu recta & utilis institutio: Et quodnam est testamentum rectè factum? Resp. Non tantum ubi juris civilis regulæ & solennia observata sunt, sed si vel secundum jus prætorium fiat satis est, id est, si à VII. testibus fuerit subsignatum testamentum. *l. 7. D. d. t. l ult. in prin. C. eod. l. 12. D. de injust. rupt. Ulp. d. t. 23 §. si septem. & tit. pen. §. 5. & sup. dixi ad §. sed prædicta. tit. de test. ordin.* Primum ergo oportet ut testamentum rectè & utiliter, saltem jure prætorio, sit factum. Quid si testamentum jure civili etiam valeat? Resp. Tum hac bonorum possessio non tàm necessaria est heredibus in eo scriptis quam utilis, *argumento eorum quæ supra dixi.* Deinde necesse est ut tabulæ testamenti sint supremę, post quas nullæ aliæ sint factæ. *l. 1. §. 1. D. de sec. tab.* Item ut certum sit eas extare, etiamsi non proferantur aut aperiantur. *d. l. 1. §. 2. sufficit.* Præterea requiritur, ut testator utroque tempore & testamenti facti & mortis habuerit testamenti factionem. Si medio tempore id amiserit nihil nocet *d. l. 1. §. 8. Exigit.* Qui verò non habeant aut habeant testamenti factionem, *d. est sup. tit. quib. non est permiss. fac. testam.* Sed potissimum spectamus tempus testamenti facti, an videlicet tum testator habuerit jus faciendi. *l. 19. D. qui testament. fac. poss.* Interdum vero etiamsi tempore mortis id amiserit, v. g. si furiosus aut prodigus post testamentum factus fuerit, tamen bonorum possessio secundum tabulas ipsius datur *d. l. 1. §. 9. D. de secund. tab.* modò & civis Rom. & suæ potestatis mãserit. § *non tamen. sup. quib. mod. testam. infirm.* Ex his quæ dixi apparet I. Hanc bonorum possessionem partim supplendi, partim confirmandi juris civilis gratia à Prætore introductam esse: supplendi quidem in ea, quam dat secundum tabulas testamenti, quod jure civili non valet: Confirmandi verò in ea, quam dat secundum illud testamentum, quod etiam jure civili valeret. II. Eam facilimè dari, modo ea quæ sunt juris prætorij, id est, VII. testium signa in testamento compareant. *d. l. 7. D. de secund. tab.* Ratio est, ut voluntas defuncti habeat exitum, etiamsi minus solennis sit, aut regulis juris civilis conformis. *arg. l. 1. C. de sacros. Eccles.* Veniamus jam ad eas Bonorum possessiones, quæ ab intestato dantur, quas hodie quatuor esse diximus, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor. *l. 1. in pr. D. quis ordo in bon. poss.* Quatuor inquam hæ

ordinariæ sunt, quinta vero Extraordinaria, quam dicere possumus bonorum possessionem ex lege, sicut dicimus condictionem ex lege. De singulis extant *tit. n. D. & C.* Erant olim & aliæ IV. ut I. Unde decem personæ II. Tum quem ex familia (Ita enim legendum cum Cujacio, cum vulgo legatur: Tanquam ex familia) III. Unde patroni patronæve, liberi & parentes eorum IV. Unde Cognati manumissoris. Omnes autem nomen habent à primis Edicti verbis, sed Justin has IV. Sustulit vel potius ad superiores referri voluit, partim scil. ad contra tabulas, partim vero ad unde legitimi, *ut hic & l. ult. C. de bon. libert.* Rationem ipse reddit, I. Quia hodie omnis emancipatio intelligitur facta contracta fiducia, & hodie nullus est amplius manumissor extraneus. *ut & sup. d. §. ult. de legit. agnat. success.* quæ ratio pertinet ad eam, quæ est, unde decem personæ II. Quia successiones libertinorum penè per omnia exæquaverit successionib. ingenuorum *ut hic §. sed eas. vers. Cum enim ad similitudinem; de quo & sup. d. §. sed nostra. tit. de success. libert.* Et hæc ratio ad reliquas tres pertinet.

Primum igitur Bonorum possessio unde liberi est quæ datur liberis ad bona patris sui intestato mortui *tot. tit. D. si tab. test. null. ext.* Cur hæc species prima sit, rationem reddit Ulpianus, *in l. 1. §. 5. rectè. D. d. t.* Liberis inquam datur sive illi Sui sint, sive Emancipati, sive ex defuncto nati, sive adoptivi, durante tamen adoptione, non etiam eá dissoluta, *l. 1. §. 6. liberos. & l. 4. D. e. t. l. 1. §. ult. D. Quis ordo in bon. poss.* Et Suis quidem non est necessaria sed utilis. Emancipatis vero etiam necessaria est, ut & supra. dict.

Notandum est autem quod dixi, Hanc bonorum possessionem unde liberi non dari ex testamento, sed abintestato tantum. Si ergo testamento præteritus sit filius emancipatus, non hanc unde liberi, sed contra tabulas habebit, *de qua sup. d. l. 2. D. si tab. test. nul. ext.* Quid si plures sint liberi? Resp. ut supra ita hìc quoque simul ad hanc bonorum possessionem admittentur quemadmodum admittuntur in successione civili, item in cõtra tabulas. Quod autem putat Accurs. hic, Patri in bona filij emancipati dari bonorum possessionem unde parentes, probandum non est. Ea namque in Edicto nusquam est proposita: Et verius est ei dari unde legitimi *arg. §. ult. sup. de legit. agn. success.* Secundò, Bonorum possessio unde legitimi est quæ datur hæredib. legitimis, id est omnib. illis qui ab intestato hæredes esse potuerunt, vel ex legib. XII. tab. vel ex SCtis (ut Tertull. & Orfit.) vel ex constit. Princ. aliave Juris civilis parte ad intestati successionem vocantur. *l. 2 §. 4. hæc autem. & toto tit. D. unde legitimi.* Non dicitur unde agnati, sed unde legitimi. Latius enim patet verbũ legitimi quam agnati, quod solum erat in XII. tab. Dices, Atqui hi jus legitimum habent, sive jure civili vocantur, non igitur prætorio auxilio? *arg. l. in causæ. 2. D de minor.* Resp. Jam supra dictum est ex *l. 6. §. 1. D. de bon. poss.* tuendi & confirmandi juris civilis gratia quasdam bonorum possessiones esse introductas, quia videlicet melius sit duplici jure ac velut anchora niti. Utilis ergo potius quã necessaria est *l. 1. C. Th. de legit. hæred.* Sed ei quod dixi, Non solum ijs, qui ex 12. tab. sed etiam illis, qui ex alijs legib. aut SCtis ab intestato vocantur, dari hanc bonorum possessionem unde legitimi, obstare videtur *§. septima. inf. h. t.* ubi dicitur illis dari Extraordi-

nariam

nariam, quam sup. appellavimus bonorum possessionem ex lege, si illa datur. non igitur unde legitimi, quæ est ordinaria. Resp. Illam non dari, nisi cum lex vel SCtum vel Constitutio Princip. bonorum possessionem alicui defert. Si verò hæreditatem, tum hanc unde legitimi dari *l.3.D.h.t.l.un.§.ult.D.ut.ex ll. vel SC.* &c. Observandum est autem unde legitimi dari etiam liberis suis, qui bonorum possessionem unde liberi repudiârunt *l.2.in pr.D.unde legitimi.l.1.§.11.sed videndum.D de success. edict.*

Tertiò Bonorum possessio unde cognati est quæ datur cognatis, id est, ijs qui jure civili non agnoscuntur, neque ad successionem admittuntur, ut sunt conjuncti per fœminas, item agnati minimam capitis diminutionem passi, & cæteri, *de quib sup. d.tit. de success. cogn. t.tit. D. unde cognati. & tit. Cod. unde legit. & cogn.* Cum igitur hi nulla alia via aut ratione ad successionem pervenire possint, nisi per hanc bonorum possessionem, intelligimus eam planè fuisse necessariam cognatis, ita quidem ut sine ejus auxilio successionem sibi vindicare non possint *l.1. & l. ult. C. unde legit. & cognati.* Unde rectè Ulp. ait *in l.1. D. unde cognati*, Eam habere nudam Prætoris indulgentiam, & Cajus *in l. 2. eod. tit.* proconsulem æquitate motum hanc promittere cognatis. Et hanc puto esse eam successionem, quam Impp. Naturalem appellant. *in l. un. C. unde vir & uxor.* Sed cum Justin. *in Nov. 118.* sustulerit differentias agnationis & cognationis, atque ita etiam cognatis hodie jure civili hæreditas deferatur, dicendum est, hanc bonorum possess. Unde cognati ipsis quoque non tàm necessariam quàm utilem esse & legum tuendarum causa dari. Et hanc esse causam putat Myns. hìc cur Imp. omiserit bon. poss. unde cognati, & quia nullus hodie sit usus ejus, sublato discrimine agnationis & cognationis. Sufficere igitur etiam cognatis unde legitimi. Sed tempore institutionum confectarum adhuc illud discrimen durabat: nisi fortè quando jam animo agitabat abolitionem ejus discriminis, respexit hìc ad futuram constitutionem: ut alibi quoque factum docet Cujac. Deinde infra eam expressè nominat *§. cumque antea. h.t.*

IV. Bonorum possessio abintestato datur viro & uxori excluso fisco, vocaturque unde vir & uxor, de qua est tit. *in D. & C.* ita conceptus. Fac. *l. 9. D. de leg. 3.* Fisco enim matrimonij jura præponuntur *l. ult. C. Th. de legit. hæred.* Ea tum demùm datur, si neque liberi extent neque alij propinqui. Superstitib. autem consanguineis à bonis uxoris intestatæ vir est extraneus, & vice versa uxor. *l. ult. C. quorum bonorum.* Ratio in promptu est cur conjunx à successione conjugis excludatur per propinquos, quia inter conjuges nulla est conjunctio aut necessitudo sanguinis, nulla etiam civilis ratio successionis. Interdum tamen jure novissimo uxor superstes non hoc quarto demum, sed primo statim ordine unà cũ liberis cõmunib. vel alterius matrimonij admittitur: idque vel in quartam si scilicet tres vel pauciores sint liberi, vel si plures in virilem portionem, ita ut ejus portionis proprietatem reservet liberis, ipsa usumfr. habeat tantum, si scilicet matrimonium absque dote esset contractum & defunctus conjunx locuples, superstes verò pauper sit. *Nov. 53. §. 5. & Nov. 117. §. 5. unde sumpta est auth. præterea. C. unde vir. & uxor.*

Quæ

Quæ exceptio addenda est ad finem illorum quæ sup. dixi à jure novissimo successionum ab intestato. Postremò hîc observari possunt quorundam locorum statuta, quibus conjuges sibi invicem succedunt exclusis propinquis defuncti: quorum æquitatem defendit Mynſ. hîc.

Ad §. 3. Septima.

Huic §. respondet *tit. D. ut ex ll. SC. bonor. possess. detur*. Subjicitur autem hîc superiorib. bonorum possessionib. tàm testamentarijs quàm ab intestato alia quædam, quæ neutro generi certo ac stabili jure annumerari potest, sed interdum ex testamento est interdum ab intestato, prout res exigit, id est prout aliquis vel ex testamento vel ab in testato ad bonorum possessionem vocatur ex novis legib. vel SCtis, vel constitutionib. quam proinde Extraordinariam bonorum possessionem ex lege vocari posse supra admonui. De ea hîc diligenter tractat Mynſ. ejus 4. requisita & exemplum ponens ex Jaſ. ad l. certum C. unde legit. declarat quoque eam comparatione cum actione in factum subsidiaria. Vide cumprimis clariss. Collegam nostrum Scip. Gentilem lib. 1. De Juris dict. cap. *26.*

Ad §. 4. Cum igitur. & 2. seqq.

Tot ergo sunt bonorum possessiones (nec plures nec pauciores) Unde rectè habet tit. De bonorum possessionib. Quæ intra quod tempus & quomodo admittendæ sive agnoscendæ sint, nunc exponendum est. Liberis ergo & parentib. anni utilis: Cæteris omnibus centum dierum item utilium spacium præfinitum est, intra quod petant. Eo tempore transacto, admittitur bonorum possessio, & vel accrescit cæteris ejusdem ordinis, vel sequentib. ordinibus defertur *ut hic & l. 1. §. 12. largius* (Ubi & ratio differentiæ redditur) *D. de succ. edic l. 2. & l. 4. C. qui admit. ad bon. poss. Vlpian tit. pen. §. 9. bonor. possessio.* Ratio, cur prætor certum tempus præfixerit petendæ bonorum possessionis, duplex est. Nam & creditorib. hæreditarijs hac ratione consultum voluit, ne ipsis longior mora fieret, actionesque rerum differrentur diutius, dum scilicet bona hæreditaria vacua jacerent sine domino, quem convenirent: & ijs quib. bonor. possessio defertur, ne videlicet creditores nimis citò & facilè in bonorum possessionem defuncti mitterentur *ut hic. & d. l. 1. in pr. D. de succes. edict.* Deinde differentiæ ratio cur longius tempus concessum sit Liberis & parentib. quam alijs, redditur ab ipso Ulp. *in d. l. 1. §. largius. D. de success. ed.* nempe in honorem sanguinis & propioris necessitudinis, quæ facit, ut penè ad propria bona venire videantur: Itaque arctandi non fuerunt. Quod autem ait Imp. Dies utiles singulos considerari, non solum de 100. illis dieb. sed in genere intelligendum est de quovis tempore bonorum possessionis, etiam de toto anno, ut intelligitur ex locis sup. adductis, & explicatur ab Ulp. *in l. 4. D. Quis ordo.* &c. Utile nimirum tempus hîc esse, quo quis & scivit sibi delatam & admittere potuit bonorum possessionem. De divisione dierum in continuos, utiles, & sessionum satis dixi sup. *ad §. qui vult. de excusat tut.* quæ hîc repeti possunt. Ex quib. apparet, ignorantiam facti non obstare,

stare, & in facto erranti hoc tempus non cedere *l. 2. 5. & l. pen. C. qui adm. ad bon. poss.* Juris autem error non excusat *l. 6. C. d. t.* Intra hoc ergo tempus deliberare licet, utrum expediat admittere bonorum possessionem, an vero repudiare. Neque præcipitandus est quisquam aut urgendus ad bonorum possessionem petendam, nisi ex justa causa *d. l. 1. §. largius.* Quod si quis intra hoc tempus bonorum possessionem non agnoscat, sed illud silentio elabi sinat, si quidem plures sint personæ ejusdem gradus ipsis petentibus non petentis portio accrescit *l. 3. §. ult. cum 2. ll. seqq. D. h. t. l. un. C. quand. non pet. part.* Sin autem alij diversorum graduum sint, ipsis ex successorio edicto bonorum possessio competit, perinde ac si prior ex eo numero non fuisset, *tot. tit. D. & C. de success. ed. de quo & sup. diximus aliquid ad §. placebat. tit. de legit. agn. success.* Nota hîc triplicem speciem succedendi. I. Vocatur successio ordinum sive de capite in caput, ut cum nemo agnoscit bon. possess. Unde liberi, res redit ad agnatos & cognatos. II. Est successio graduum, sive de gradu in gradum, ut si filio repudiante bon. poss. Unde liberi admittatur nepos: & hoc quoque repudiante pronepos. III. Est successio de persona in personam: ut si eadem persona uno genere, bon. possess. repudiato amplectitur alterum: ut filius repudiata bon. poss. Unde liberi nihilominus potest agnoscere bon. poss. Unde legitimi, vel unde cognati, ut *in l. 1. §. 11. sed videndum est D. de success. edict. l. 4. §. 1. D. quis ordo in bon. poss.* Quod tertium genus omittit Hottom. *in partit. pag. 127. & seq.* Quod si quis intra præfixum tempus bonorum possessionem repudiet, is ad illam postea redire frustra conabitur *l. 1. §. 6. qui semel D. de succes. edicto. l. 1. C. de repud. bon. poss. l. 1. §. planè. D. unde liberi.* Sequens vero statim admittitur, neque expectatur dum tempus præfixum completum fuerit, *ut hic & d. l. 1. §. 8. si intra. D. de success. edict.* Idemque dicendum si quis mortuus fuerit intra hoc tempus. dd. ll. Et hæc de tempore petendæ bonorum possessionis. Quæri potest, an & hæreditatis aditioni certum tempus sit in jure præfixum? Et assentior Cujacio *ad tit. C. de jur. delib. & ad tit. C. Qui admit. ad bon. possess.* Esse perpetuum jus adeundi, nisi Judex urgentibus forte creditoribus tempus certum adeundi præfigat. Quæ etiam sententia est Petri Ferrariensis in forma libelli, quo petitur hæreditas ex testamento, & Dd. communiter *ad tit. C. de jure delib.* Ratio est, Quia civilia omnia, qualis est hæreditas, sunt perpetua *l. 2. C. de diuers. rescr.* Prætoria vero remedia, qualis est bonorum possessio, angustioribus terminis sunt conclusa, *arg. l. 35. in honorariis D. de obl. & action. §. inf. de perpet. & tempor. action.* Contrarium tamen videtur Nicolao Vallæ libro de Reb. in jure controversis: cujus argumenta refellit Giphan. *ad l. ult. C. de jur. delib. in fine.*

Ad §. ult. Sed bene.

De modo petendi bonorum possessionem sciendum est, olim quidem eam sollennibus quibusdam verbis peti consuevisse, *arg. l. 1. C com. de success. in verbis: si sollenniter petierit bonorum possess.* Quemadmodum etiam in hæreditate adeunda certæ quædam erant ac sollennes cretionum formulæ; sed ut cretiones sublatæ sunt à Theodosio & cæteris *in l. 17. C. de jur. delib.* Ita & hic à bonorum poss.

illæ inanium verborum captiones exclusæ sunt lege Constantiniana *in l. ult. C. qui admit. ad bon. poß.* Cujus & Justin. meminit in *l. ult. §. 3. sin autem. in fi. C. de curat. furios.* Hodie igitur qualiscunque testatio & qualecunque indicium sufficit agnoscendæ bonorum possessionis apud quemlibet Judicem etiam apud Duumviros facta. Sed quæritur hîc, An etiam decretum judicis necessarium sit? Respond. Constantinus id non sustulit, ut putant *Dd. ad d. l. ult.* contra quos Alciat. disputat *2. paradox cap. 13.*

Postremò observandum, Esse & alias quasdam extraordinarias bonorum possessiones, quæ nullum jus tribuunt ei, cui dantur, de quibus Mynsf. *ad §. septima. sup. h. t.* ut sunt, 1. quæ ex edicto Carboniano datur: de qua sup. dict. 2. Quæ ventri. *tot. tit. D. de vent. in possess. mitt.* 3. Quæ litis ordinandæ causa datur: ut filio emancipato, qui ad querelam inofficiosi admitti vult, cum jure civili, ex quo introducta est querela, alioqui non admitteretur *Dd. in l. 1. C de inoff. test. & in l. 8. Papinianus. §. 1. D. de inoffic test. Viglius ad §. tàm a. sup. de inoff. test.* Quanquam dubitari potest, An hæc bonorum possessio non sit specie distincta ab aliis bonorū possessionibus, de quibus sup. Eodem modo Carboniana bonorum possessio respicit ac refertur potissimum ad bonorum possess. contra tab. eique subservit. Et porrigitur quoque ad Unde liberi, & interdum ad secund. tab. vide Cujac. *ad tit. C. de Carb. ed.* Imò omnibus edicti partibus aptatur, excepto eo Unde vir & uxor & successorio. Idem ad *tit. C. unde vir & uxor.*

AD TIT. X. DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

EX quatuor modis acquirendi per universitatem sup. propositis *in §. ult. tit. Per quas person.* tertius explicatur sub hoc titulo, nimirum Arrogatio. Ea acquisitio differt à superioribus duobus cùm in alijs rebus, tùm quoad originem. Illæ namque sunt ex jure scripto: hæc ex jure non scripto. Hæreditas enim tàm testamentaria quàm legitima est ex l. 12. tab. aliáve juris civilis scripti parte introducta. Bonorum possessio est ex edicto prætoris *init. tit. praced.* At ista acquisitio per arrogationem recepta est moribus sive consuetudine, *ut hic in pr.* Quo jure etiam patria potestas introducta est. *l. 8. D. de his qui sui vel alieni.* & alia, *de quibus sup. ad tit. 9. lib. 1.*

Ad §. 1. Ecce enim.

Cum autem quæritur: Quid quantumque arrogatori per filium arrogatum acquiratur, distinguendum est Jus vetus à novo. Nam jure veteri ad Justinianum usque omnia arrogati bona omnesque res corporales & incorporales arrogatori pleno jure acquirebantur. Cum enim persona potestati patriæ subjiciatur, multo magis bona & res, quæ sunt veluti accessiones personæ. Qui se arrogandum probat cum capite fortunas quoque suas, imò & liberos in domum & familiam alienam tacito jure transfert. *l. 15. in pr. D. de adopt. l. 11. §. ult. D. de sec. tab.* Erat igitur hoc jure par conditio patris adoptivi & naturalis, de quo dict.

est

eſt, ſup. *ad tit. per quas perſon.* Excipiebantur ea quæ pereunt capitis diminutione. Omnis autem arrogatio eſt quædam capitis diminutio §. *minima. ſup. de capit. diminut.* Talia ſunt agnatio ſive jus familiæ § *ult. de leg. agn. tut.* Item operæ officiales, denique uſus & uſusfr. Sunt enim omnia hæc jura perſonalia, quæ proinde perſonâ per mortem civilem extinctâ ipſa quoque perimuntur Et hæc quidem recepta erant jure veteri.

Ad §. 2. Nunc a. nos.

Jure novo Juſtinianeo hæc ſucceſſio & acquiſitio valdè coarctata eſt. Cum enim Patri naturali hodie acquiratur uſusfr. tantum in bonis adventitiis liberorum, ſive in ijs rebus, quæ extrinſecus obveniunt. ut hic ait Imp. (Per hæc enim verba cave intelligas Caſtrenſia vel q. Caſtrenſia, ut quidam) & proprietas ſeu dominium integrum reſervetur liberis; non debent certe melioris conditionis patres adoptivi eſſe quam naturales. Non ergo jam omnia bona arrogati acquiruntur arrogatori, ſed ea tantum, quæ patri naturali, *de quib. eſt tit. C. de bon. quæ liber. & ſup. d. ad tit. Per quas perſon.* Hoc primum: deinde de uſufr. & uſu Juſtin. conſtituit *in l. pen. §. ult. C. de uſufr.* ne amplius extingueretur minima capitis diminutione, *ut & ſup. dict. ad §. Finitur. de uſufr.* Acquiritur ergo hodie arrogatori etiam uſusfr. qui olim non acquirebatur, ſed per arrogationem, utpote minimam capitis diminutionem extinguebatur *ut hic.* Sed mortuo tamen filio etiam uſusfr. ille extinguitur.

Tertiò cum agnationis & cognationis differentiæ à Juſtin. ſublatæ ſint jure noviſſimo, conſequens eſt ut dicamus, etiam hoc quod de agnatione dictũ eſt, eſſe correctum. Et hæc quidem ita ſe habent dum vivit arrogatus, ut ſcilicet acquiratur per eum uſusfr. arrogatori tantum bonorum adventitiorum. Si verò arrogatus in poteſtate patris adoptivi moriatur poſt pubertatem, ad patrem pleno jure bona pertinent, *ut hoc verſ. Mortuo a. filio. & d. l. 6. cum oportet. C. de bon. quæ liber.* Sunt tamen quædam perſonæ, quæ patrem in bonis filij antecedunt: ita tamen ut uſusfr. ſemper maneat patris, ut 1. Liberi defuncti. 2. Fratres ex eodem matrimonio. 3. Fratres ex diverſis matrimoniis, *ut hic & l. ult. C. com. de ſucceſſ.*

Addunt quidam ex jure noviſſimo etiam patres naturales & fratrum naturalium liberos, qui etiam arrogatori præferuntur *ex Nov. 118 & 127.* Qua de re videte Addit. Claudij Cantiunc. ad hunc locum. His ergo non extantibus tum demum arrogator pleno jure in omnia arrogati bona ſuccedit, ſi inquam is fuerit pubes. Quid ſi impubes deceſſerit? Proximiores cognati ſuccedent *ſecundum §. Cum enim ſup. de adopt. & l. 18. D. eod.* uſusfr. tamen etiam hoc caſu arrogatori manebit ſalvus *arg. d. l. ult. in fi. C. com. de ſucceſſ.*

Quod autem ait hic Imp. in fi. In iis, quæ acquiri non poſſunt, intellige Adventitia quo ad dominium ſeu proprietatem, ut clarius in *d. l. ult. in pr. C. de bon. quæ liberis.* Quæ effugiunt quidem dominij acquiſitionem, ſed uſusfr. tamen patri offertur.

Ad §. ult. Sed ex diverso.

Cur arrogator & ipso jure ex sua persona de debitis filij sui arrogati ante arrogationem contractis non teneatur, ratio hæc est, quia ipse pater non contraxit, sed filius. Est autem regula juris, Ex alieno contractu neminem obligari. *l.11.D.de oblig.& act.* Unde nec filius pro patre, nec pater pro filio jure civili obligatur, nec uxor pro marito *tit.C.ne fil.pro pat.& tit.C.ne uxor pro mar.* Non potest etiam jure prætorio hic conveniri peculiotenus, quia nondum erat filiusfam. sive arrogatus cum contraheret. Atqui ex ante gesto non datur in arrogatorem actio de peculio. *l.42.D.de pecul.* Dices, cur non tenetur pater tanquam successor filij? Resp. Pater arrogator non occupat bona filij arrogati tanquam hæres, sive jure hæreditario aut successorio, sed tanquam pater, sive jure potestatis, nimirum ut peculium, ne tamen in fraudem creditorum fiat arrogatio, et quia quem sequuntur commoda, eundem & onera *arg.l.10.secundum.D.de reg.jur.* Pater filij nomine conveniri potest, ita tamen, ut non cogatur eum defendere, sed possit non defendere. Quo casu creditores petere possunt se immitti in bonorum possess. arrogati ipsius. Est enim hoc regulare, ut creditores in bona debitoris indefensi à Prætore immittantur *l.2.& tot.tit.D.quib.ex caus.in possess.eatur.* Et fiet hæc missio in tota bona ut ante arrogationem fuerant, ita ut ne ususfr. quidem apud patrem arrogatorem maneat. Et hoc est quod ait Imp. Bona, quæ ejus cum ususfr. futura fuissent.

Notandum est autem hanc acquisitionem fieri etiam sine cessione & traditione, quæ in singularium rerum tantum translatione, non verò in universitate necessaria est, *arg.l.ea verò.D.pro socio.& ibi Dd.* Sed quod quidam putant, possessionem quoque ad patrem arrogatorem transire sine illius apprehensione, falsum est & contra regulam Juris, recteque à JC. Fabro hîc rejicitur *arg.l.23.D.de acq.poss.* Nec obstat *l.16.D.de precar.* ubi dicitur, eum qui arrogavit, rogantem precarium, ipsum quoque possidere precario. Id enim intelligendum est secundum alias leges, si scilicet possessio quoque fuerit apprehensa. Præterea notand. Societatem, quam arrogatus coijt, non transire ad arrogatorem, ne quis scilicet socius fiat ejus, cujus socius esse non vult *arg.l.actiones.§.morte.vers.Societas.D.pro socio.*

Notandum etiam, etsi hodie non omnia patri acquirantur per arrogatum, sed ususfr. tantum adventitiorum, rectè tamen adhuc dici, hanc acquisitionem esse per universitatem, & non rerum singularium. Nam ut pars hæreditatis etiam est hæreditas & universitas quædam, ita & de partibus bonorum dicendum. Denique notandum, sæpe Dd. argumentum ducere ab hac acquisitione per arrogationem ad acquisitionem quæ fit Monasterio per professionem Monachismi, de qua est *Auth.Ingressi C.de Sacrosanctis Eccles.*

AD TIT.

AD TIT. XI. DE EO, CUI BONA LIBERTATIS causa addicuntur.

POstremus per universitatem acquirendi modus est addictio bonorum facta libertatis conservandæ causa. Hunc modum Justinianus hîc appellat novum, quia posterior est superioribus tribus, ex constitutione scilicet vel rescripto D. Marci introductus: cujus verba ipsa hîc referuntur quæ alibi non extant. (NB. locum singularem Institutionũ: Quales plures observat Cujac. *lib. 11.c.38.*) ejusq; fit mentio *in l.50. Quod Divo.D.de manum.testam.l.13.si quis hac lege.§.1.D.de oper.libert.l.2.& 4.D.de fideicomm. libert.l.6.& l.ult.C.de testam.* Imperator hîc singula hujus rescripti ferè verba diligenter interpretatur & explicat. Porrò hic modus acquisitionis non est communis, sed proprius servorum manumissorum, ut deinceps apparebit. Competit namque servis, qui cum à dominis suis manumissi essent testamento, certus nemo ex eo hæres extitit neque etiam ab intestato.

His inquam licet à prætore vel judice petere, ut bona defuncti sibi addicantur: quo facto, libertas ipsis data, quę aliàs nulla esset, conservatur: cũ destituto testamento nihil in eo scriptum valeat *l.9.D. de testament.tut.* Et hoc favore libertatis Imp. Marcus constituit, cujus causa etiam alia contra jus strictũ introducta sunt singularia multa. Deinde etiam in favorem defunctorum, quorum interest habere heredem vel successorem, ne ipsorum bona à creditoribus ignominia quadam possideantur & distrahantur.

Tota autem hæc res ad tria summa capita commodè revocari posse videtur. I. Quæ requirantur, ut locum habeat hæc bonorum addictio. II. Quibus nam, & à quo, & quomodo fiat. III. Quis sit ejus effectus, quæ vis & natura. Primum ergo ut hæc addictio bonorum habeat locum requiritur, ut fiat libertatum tuendarum causa: quæ proinde si nullæ sint relictæ, cessat. *§.pen. inf. h t.* Unde etiam nomen habet, ut dicatur addictio libertatis causa, *ut hic in inscrip.* Nihil autem interest, An testamento adscripta sit libertas (de quo casu solo verba rescripti loquuntur) an codicillis ab intestato sit relicta *§.in primis.infra.h.t.* An denique inter vivos vel mortis causa sit data *§.hæc constitutio.infr.h.t.* Etsi enim verba rescripti deficiunt, sententia tamen & ratio est hîc eadem, favor nimirum libertatis.

Ex legibus autem fieri dicitur, non tantum quod ex verbis earum, sed & quod ex sententia fit *l.6.D.de V.S. l.3.D.de legit. tut.& arg. tit.supr.de legit. patr. tut.* Quid si codicillis ad testamentum factis? Resp. Tunc nullum est dubium, quin addictio competat *d. §. in primis.vers.certè.si testatus. h.t.* Ubi vulgò legitur intestatus. Sed rectè emendauit *Cujac.lib.17.c.13.*

Secundò requiritur, ut certum sit, neminem esse neque fore heredem defuncti, neque ex testamento, neque abintestato, ut hîc in pr. & §. tunc constitutioni *d.l.50.D.de manumiss.testam.* Quàm diu enim est hæres aliquis vel futurus speratur, cessat ista addictio, cum libertates alio modo conservari possint,

 nimi-

nimirum adita hæreditate. Si verò suus hæres minor hæreditate se abstinuerit, qui in integrum restitui potest, atque ita hæreditatem iterum adire *l. ult.* C. *de repud. vel abstin. hered.* Adhuc tamen locus est addictioni, etiamsi non sit certum neminem fore heredem §. *si is qui. infr. h. t. l. 4. §. 1. D. de fideicommiss. libert. d. l. 50. in fi.* Et si minor restitutus sit, postea libertates, quæ semel datæ sunt, non revocantur, ut & supra dictum ad §. Justæ autem vers. Semel. Qui & ex quibus causis, &c.

Tertiò Requiritur, ut bona defuncti in ea causa esse cœperint, ut venire debeant. Nam si ea tanquam vacantia fiscus occupet, tunc addictio cessat. Ita tamen bona in fiscum cogenda sunt ab ejus procuratoribus, ut libertas salva sit illis, quibus data est, ut est in rescripto vers. Et ne hujus rescriptionis. *& d. l. 50.*

Quartò requiritur, ut servi, alijve qui addictionem sibi fieri postulant, satis offerant uni ex creditoribus, quià cæteris constitutus est, sive ut parati sint satisdare de solvendo solido, quod cuique illorum debetur, id est, sorte cum usuris. Interdum tamen consentientibus creditoribus non de solido, sed parte tantum debita solvenda cavere possunt. *l. ult. §. sin autem. C. de testam. man.* Cavent autem idoneè vel fidejussoribus datis, quod propriè est satisdare, vel pignoribus, §. 1. *& 2. hîc & l. 2. in fi. cum l. 4. §. addici. D. de fideic. libert. l. 6. C. de testam. manumis. d. l. 50. §. 1. D. eod.* Non habent igitur creditores conquerendi causam, quasi contra legem Æliam Sentiam facta esset manumissio in fraudem suam, cum habeant jam à quo suum consequi possint, eum scilicet cui bona addicta sunt, ejusque fidejussorem. Ex his quæ dixi intelligi potest & alterum, hanc addictionem servis fieri solere, quibus vel in testamento, vel ab intestato, vel in codicillis, vel inter vivos, vel mortis causa libertas data est. Sed sciendum est, non ab his tantum, sed etiam à libertis defuncti, imò etiam ab extraneo quolibet addictionem rectè postulari, *d. l. 50. §. 1. l. ult. C. de testam. manum.* Postulatur autem apud eum, cujus de ea re notio est, id est, apud Magistratum vel judicem. Non enim ipso jure hæc successio defertur, ut hereditas solet, sed peti debet, ut bonorum possessio. *l. 4. §. is autem. D. de fideicom. libert.* Unde sequitur, volentib. tantum & addici bona, & libertatem dari. *d. l. ult. §. 2. sin vero quidam. C. d. t.* Invito enim beneficium non datur, ut habet R. I. sicut nec bonorum possessio datur invito. *l. 3. §. 3. invito. D. de bon. poss. l. ult. C. unde legit.* Sed de extraneo sciendum, non posse eum operas à libertis petere, sive illi directò, sive per fideicommissum manummissi sint. *l. 13. §. 1. D. de oper. libert.* Et hæc de secundo capite, nimirum Quib. & à quo fiat hæc addictio.

Tertiò Effectus hujus addictionis in his ferè quinque capitib. consistit. I. Per hanc addictionem conservantur servis libertates tàm directæ quàm fideicommissariæ. Generaliter inquam omnibus quibus competerent, si hereditas adita fuisset. §. *hoc rescripto. infr. h. t. l. 4. §. 1. si alienus. D. de fideic. liber.* Sed hoc interest, quòd manumissi per fideicommissum liberti fiunt ejus cui bona addicta sunt: directò autem manumissi liberti fiunt orcini, id est, ipsius defuncti, sive potius nullius, perinde ut ipse, cui bona addicta sunt: Possunt tamen hi quoq; fieri liberti

ri liberti ipsius, cui bona addicuntur, si nimirum is non alia conditione bona sibi addici volet, quàm ut sui liberti fiant etiam illi, qui directò sunt manumissi, ijque consentiant, *ut in rescripto Marci. vers. Et ij quidem d.l.4.§. pen. D. de fideic. liber.*

Secundò, ut is, cui bona addicta sunt, conveniri possit à creditoribus, non quidem actionibus hereditarijs directis (Heres enim non est) sed tantum utilibus. Est enim heredis loco constitutus, ut & bonorum possessor, vel etiam ex cautione sua convenire potest. *l.3.& 4. §. pen.D.de fideic.libert.*

Tertiò, Huic consequens est, ut is, cui bona addicta sunt, eorundem impuberum etiam fiat tutor legitimus, quorum patronus fit. *fit. d.l. 4. §. cum autem servus.* quod addendum *tit.de legit.patron. tut.*

Quartò Addictione bonorum petita, creditores non possunt impedire libertates tanquam in fraudē suam contra legem Æliam Sentiam datas §. *pen. vers. Quid ergo si vivus. infr.h.t.*

Quintò Efficit hæc addictio ne bona defuncti à creditorib. possideantur & distrahantur, atq; ita defunctus liber est ab ignominia illa, quæ ipsi per hujusmodi venditionem alioqui fuisset subeunda. Quæ etiam causa, (conservatio scilicet famæ & honoris defuncti) erat, cur lex Ælia Sentia permitteret unum servū testamento manumittere & instituere heredem necessariū §.1. *sup. Qui & ex quib. caus. man.non poss.* Nam ut heres aditione, ita & is cui bona addicta sunt, creditorib. obligatur, ad solvendum æs alienum præstita scil. ipsis idonea cautione de solvendo solido, *ut & sup.d.* Sic ac aliàs curator cōstitui solet ex SC. bonorum distrahendorum gratia, ut honestius solvatur creditorib. *l.5.D.de curat.furios.* Et interdum etiam heredes consentientib. creditorib. autoritate magistratus adeunt hereditatem, quæ non est solvendo, ea conditione, ut partem duntaxat æris alieni præstent creditoribus, famæ defuncti conservandæ gratia, quod est ex constitutione principum ut prius ex SC. *l.23.primo gradu. D. Quæ in fraudem credit.* facta sunt, ut restituantur. Plura de addictione bonorum videantur *in l. ult. C.de testamentar. manum.*

AD TIT. XII. DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex SC. Claudiano.

POsteaquam de acquisitionibus per universitatem hodie usitatis explicatū est, afferuntur hîc aliæ duæ antiquatæ, ut venditio bonorum, & occupatio bonorum mulieris liberæ, quæ se alieno servo contra trinam denunciationem domini miscuisset. Etsi autem hi modi non amplius hodie sint in usu, pauca tamen de illis dicenda sunt propter historiarum & antiquitatis cognitionem *arg. §. 1. supr. de testam. ordin.* Prior ergo horum modorum antiquissim⁹ fuit introductus scil. tacito populi consensu sive consuetudine. Cum enim ex L. 12. tab. permissa esset creditorib. sectio & partitio membrorum debitoris, qui nō esset solvendo; ut est *apud Gelliū lib.20.c.1.* cumq; ea lex nimis crudelis & immanis videretur, ĳ pindeq; desuetudine abrogata esset: ej⁹ in locū recepta fuit auctio

seu

seu sectio bonorum, sive solennis venditio, quæ ignominiam afferebat debitori, ejusque sanguinem suffundebat, quem l. 12. tab. effundebat, ut eleganter. Tertullian. *in Apologetico cap.* 3. quem locum etiam laudat A. Contius *lib. 2. subsec. lect. c. 18.* ubi rationem differentiæ inquirit, cur cessio bonorum non infamet, cum hæc bonorum venditio id faciat. Hujus solennis venditionis bonorum quam per multas ambages fieri solitam Imp. hîc indicat, meminit etiam *Cic. pro Quintio. ubi vide comment. Hotom. & Cajus lib. 2. Instit. vide & Ant. Contiũ lib. 1. Disp. cap. 12. & Theoph. hic.*

Ejus effectus erat, ut emptor bonorum omnibus actionibus, sed utilib. tantùm, non etiam directis, & convenire & conveniri posset, quæ antea dabantur debitori & contra debitorem. Fuit autem hæc auctio sive sectio tam diu in usu quàm diu judicia ordinaria, id est, solennia ac legitima. Posteaquam verò horum in locum venerunt judicia extraordinaria, sublatis scilicet formulis solennibus & impetratione actionum *tit. C. de form. & impet. action. subl.* ipsa quoque expiravit. Nam ea possessio & venditio bonorum, debitoris quæ hodie creditorib. officio & auctoritate judicis datur, longè diversa est ab illa veteri. Illa enim solennis erat, hæc solennis non est, de qua vide *l. 29. & l. pen. & t. tit. D. de reb. aut. judic. posid. & tit. Quib. ex caus. in poss. eatur.* De divisione illa judiciorum inordinaria, quæ olim erant in usu, & Extraordinaria, quibus solis hodie utimur, dicam plura *infr. §. ult. de Interdictis.*

Ad vers. Erat & ex SC.

Alter modus acquisitionis veteris hodie sublatæ hic exponitur. Ut autẽ supra dixi de acquisitione per arrogationem eam esse nihil aliud quam occupationem peculij: Ita & hæc ex SC. Claudiano nihil aliud erat. Summa SCti hæc fuit: ut mulier libera, quæ cum alieno servo consuevisset, si quidem ignaro domino ancilla ejus fieret, sin sciente & consentiente pro liberta haberetur *teste Tacito lib. 12. Annal. ubi vide commentar. I. Lipsii. & Petr. Fabrum lib. 1. Semestr. c. 25. Ulp. tit. 11. §. 10. maxima. lib. Reg. Paulum. lib. 2. Sent. tit. 21. Apud Cujac. lib. 21. obs. c. 16.*

Sed non erat satis ut mulier se junxisset alieno servo: hoc amplius necessaria erat trina denunciatio Domini sive interdictio & legitima conventio VII. testib. civib. Romanis præsentib. facta & sententia judicis, ut ex multis LL. C. *Th. tit. 9. lib. 4. & ex l. unic. C. de SC. Claud. tol.* intelligimus. Meminit hujus juris etiam Tertul. lib. 2. ad uxorem de matrimonio cum gentibus. Nonne insuper censuerunt servituti vindicandas quæ cum alieno servo post dominorum denunciationem in consuetudine perseveraverant? Et ejusdem denunciationis vestigium restat *in l. 21. D. de pos.* Sed quomodo denunciare potuit dominus ignorans? Puto constitutionib. Impp. circa hoc SC. factis id de denunciando introductum esse. Ratio SCti fuit, ut hac ratione metu servitutis aut libertinitatis, ac amissione bonorum coërcerentur libidines fœminarum, quæ hoc ipso indignas se reddiderunt libertate, cum servili amore bacchatæ in contubernium servorum se contulerunt, *arg. eorum quæ supr. lib. 1. dicta sunt* de libero homine, qui

qui participandi pretij causa se venundari patitur. Ratio, Cur Justin. id sustulerit, 1. est Favor libertatis, qua fraudari fœminas impium sit & miserabile. 2. Ne dedecori sit fœmina cognationi, quæ fortè sit aliqua dignitate conspicua, *ut hic, & latius in d. l. un. C. de SC. Claud. toll.* Indignum itaque ipsi hoc visum est temporibus suis: Religio temporum meorum nullo patitur modo, inquit *in d. l. un. C. de SC. Claud. toll.* ut alibi Impp. loquuntur, Secta meorum temporum non patitur. Quæ tamen rationes non satis idoneæ videntur Cujacio, quia mulieribus sublato hoc SCto aperiatur fenestra ad impares & impudicas conjunctiones. Quæres, An ergo impunè hoc contubernium permittetur? Resp. Imò dirimetur à Domino qui servum abstrahet competēti castigatione correctum *d. l. unic. in fin.* Cum autem constet ex locis sup. adductis, Claudium Imp. hujus SCti autorem fuisse, cum id subjecisset ei Pallas libertus ejus, quæri potest, quomodo Suetonius verè illud tribuere possit Vespasiano, *cap. XI. in ejus vita?* Et assentior doctissimis viris Læv. Torrentio d. loco Suet. & Lipsio ad Tacit. qui putant SConsultum, illud post Claudij obitum licentia temporum observari desitum, à Vespasiano tandem instauratum fuisse.

Deinde observandum est, SCtum tantum de mulieribus fuisse, non etiam de viris. Nam si liber homo alienæ ancillæ contubernium sequatur, licet ei denunciatum fuerit ut se abstineret, servus tamen domini mulieris non fit *l. 3. C. de liber. caus.* Ratio cur de viris nihil caverit SC. hæc esse videtur, Quia fœminæ propter fragilitatem sexus facilè peccant. Solent autem leges & jura iis potissimum casibus occurrere, in quibus crebrius delinquitur. Accedit quoque, quod hic maribus plus permittendum censuit legislator quam fœminis: sicut in L. Julia de adulteriis factum: ut ita hic etiam casus addi possit ad eos juris articulos, in quibus deterior est conditio fœminarum quam masculorum *l. 9. in multis D. de stat. homin.*

Denique cum hoc SC. Claud. tantum de alieno servo fuerit, quæri hic potest, quid juris fuerit, si fœmina proprio servo se commiscuisset? Ejus facti pœna ex utraque parte capitalis fuit ex constit. Constantini: nam servus quidem ignibus crematur: mulier verò capitali sententiæ subjugatur *l. un. C. d. mulieribus quæ se prop. serv. junx. de qua vide Cujac. d. loco.* Quid si patrona liberto suo nupsisset? De ea cautum in *Nov. Const. Leon. & Anthemij edita à P. Pith.* 0.0 *pag. 44.* ut vetita hæc conjunctio non nomen quidem matrimonij sortiatur: tum ut qui inde nascuntur vocabulo liberorum priventur, & servili conditioni addicantur, ita ut fiscus sibi in his dominium usurpet: præterea, ut ad illicita hæc consortia execrabiliter aspirantes publicatione omnium facultatum & perpetua deportatione plectantur. Ratio ibid. additur: ne insignium familiarum clara nobilitas indigni consortij fœditate vilescat, &c. Et hæc quidem hactenus de acquisitione rerum: qui tractatus incipiens *ab initio lib. 2.* hucusque pertinet. Monui autem sup. Duo hæc esse præcipua jura in tractatu de rebus: Dominium & obligationem. Ad dominium omnia superiora pertinent: Deinceps sequitur ut de obligationibus dicamus.

JUVENTUTI LEGUM STUDIOSÆ CONRADUS RITTERSHUSIUS JC. S. D.

Ut tota hominum consociatio partim à natura extitit, partim ab indigentia & necessitate: ita & rerum commercia atq; contractus ad hanc indigentiam sublevandam, & ad succurrendum necessitatibus hominum partim à jure gentium, partim jure civili introducti sunt, teste Hermogeniano *in l. 5. ex hoc jure. D. de justit. & jure.* Plerumque enim, ut ait Paulus *l. 1. D. de contr. empt.* evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit: unde unusquisq; secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutat. Ideoque contractus lucri causa ab Ulpiano fieri dicuntur *l. 25. §. 1. D. de obl. & act.* Aut enim de rei proprietate dominioque, aut simili jure in rem transferendo; aut de rei usu ac fructu; aut de operis & factis hominum communicandis, inter aliquos agitur. Et ex his negotiis alia atque alia oritur inter ipsos obligatio. Porrò ex malitia & improbitate hominum aliud quoque obligationum genus supervenit, & vitæ humanæ veluti obrepsit: Ex delictis nimirum seu maleficiis. Contractum vel συνάλλαγμα ἀκούσιον (involuntarium) vocat Aristoteles 5. Ethic. ut prius genus ἑκούσιον (voluntarium.) Jurisconsulti quoque, tametsi cum propriè loquuntur, contractus distinguunt à delictis: nonnunquam tamen etiam contractus appellatione delicta ipsa (quos malos contractus vocant *l. 52. D. de re judic.*) comprehendunt, & crimen contrahere dicunt. Delictis autem vel res alterius læditur, vel persona. Et res quidem vel planè aufertur, tùm furto clanculum, tùm vi ac rapina palàm: vel aliquid damni ac detrimenti ei infertur: unde obligatio de damno injuria dato ex lege Aquilia. Persona vero læditur partim quoad famam, honorem, existimationem ac dignitatem: quod fit per injuriam seu contumeliam, & per libellũ famosum (quanquam injuria etiam in corpus fiat) partim quoad corpus, aliaq; personæ propria: qualia sunt libertas, vita, civitas, &c. quæ quia sunt Reipub. (non solum enim Parenti suo quisque nascitur, cujus esse dicitur, verum etiam reipub. ut eleganter post Cicer. ait JC. *in l. 1. §. 15. & generaliter. D. de vent. in poss. mitt.*) ex horum læsione non delicta oriuntur privata; sed crimina, quæ publicis vindicantur judiciis: ut crimen plagij, homicidij, &c. Nihil hìc dico de quasi contractibus, nihil de quasi-delictis, quæ ad exemplum verorum contractuum ac delictorum in usum venerunt: nihil de Prætoriis & extraordinariis delictis, quæ sunt longè plurima. Hæc breviter tantum attingere volui: ut quia deinceps de obligationibus mihi in interpretatione Institutionum dicendum erit, animos vestros, studiosi juvenes, hac ἰχνογραφίᾳ ac rudi delineatione amplissimarũ rerum nonnihil ad meas acroases præpararem: simul ut vobis præmonstrarem, quàm latè hic locus De obligationibus pateret, nimirum in quo tota Justitia correctoria, & partim etiam tributoria versetur: quod breviter à Philosopho traditum, uberrimis JCtorum commentariis explicatur. Quo intellecto; quisq; vestrum sese ad diligentiam in reb. pulcerrimis atque ad vitam hominum utilissimis cognoscendis ultrò etiam sine mea exhortatione incitabit. Nec est quod quis vereatur, qui superiora non audivit, ne ea, quæ sequuntur, minus intelligat.

gat. Adeò enim hic tractatus à prioribus separatus est, ut CL. Hotomannus & ante eum Franc. Balduinus etiam novum librum à titulo De obligationibus incipiendum putent: Quibus quanquam in eo non assentiar: hoc tamen negari non potest, obligationes à rerum acquisitione, de qua huc usque egimus, planè esse sejunctas, cum earum substantia non in eo consistat, ut aliquod corpus vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum, *teste Paulo in l.3.D.de oblig.& act.*

AD TIT. XIII. DE OBLIGATIONIBUS.

A Tractatu de modis acquirendi dominij rectè separatur locus de obligationibus. His enim non acquiruntur nobis res, sed personæ tantum obligantur sive obstringuntur *l.3.in pr. D.de obl.& Act.l.20.traditionib. C.de pact.* & dicetur inf. ad definitionem obligationis. De verbo obligationis manifestum id per translationem hoc loco accipi, ut & vocabulum tenendi, astringendi vel obstringendi vinculi & apud veteres nexus (*Cicero pro Murana* obligare se nexu. Asconius: obligatus in bonis dicitur & in vinculis. In vinculis cum est, tunc proprium est; ad bona cum traducitur translatum est. Sic & contraria solutio ac liberatio metaphorica sunt. Propriè usurpatur in his loquendi formulis: ut obligare crus fractum. *Plaut. Menaech.* vulnus. *Cic. 3. de Nat.Deorum.* manipulos Colum. *lib.11.c.2.* Item obvolutus & obligatus Corio. *Cornif. 1.ad Herenni.* Item in his: quando obligatio linguæ dicitur, ut apud Iustin. *lib.13.* (Cyrene condita fuit ab Aristæo, cui nomen Batto propter linguæ obligationem fuit) & apud Iul. Fir. *lib.6. mathes. c.17.* (Saturnus & Mercurius linguam tardo sono vocis impediunt, ita ut in ipsis faucibus tardis conatibus impedita verba deficiant, aut linguæ obligatione confundantur.) Cui opponuntur linguæ nodi soluti apud Iustinum *d.loco. Cic.ad Brutum.18.epist.* Est autem gravior & difficilior animi & sententiæ maximis præsertim in rebus quàm pecuniæ obligatio. 1.*de finib.* legibus judiciorumque pœnis obligantur. Vincire legibus severis quæ delapsa fluxerũt. *Cic.pro Marcello.* Hinc ad jus hæc verba translata sunt propter inopiam vocabulorum *argumento l.5.naturalis.D.de praescr. verb.ut l.54. contractus D.de obl.& act.l.35.nihil tam naturale. l.153.ferè.D.de R.I.l.46. quamvis. D.de acq. possess.* (ut eodem modo vinculum obligationũ solvitur quo quæri assolet.) Sic vincula juris, legum, judiciorum, apud Ciceronem passim, *ut 3. de finib.* Quomodo hominum inter homines juris esse vincula putant, sic homini nihil juris esse cum bestiis. Item pro Cæcinna: qui jus civile contemnendum putat, is vincula revellit non modò judiciorum, sed etiam utilitatis vitæque communis. *Item 3.offic.* Nullum vinculum ad astringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt. Sic *Quintil.lib.5.c.10. & sup.§.1. de fideicomm. hered.* Sic vinculum pietatis apud Lactantium *lib.4.c.28.*

Hoc, inquit, vinculo pietatis obstricti Deo, &c. Sic vinculũ stipulationis potestatis patris *l.6.C.si cert.pet.l.4.C.de pact.convent.* inscriptionis *l.ult.C.de accusat.*

l.3.C.de usur. Auctoramentum quoque apud *Ciceronem 1. off.* Livium, Paterculum idem ferè valet quod obligatio, ut merces est in mercenarijs auctoramentum servitutis. Inde auctoratus, id est, obligatus *apud Horat. 2. serm.* 10. Exauctoratus. Nullum sine auctoramento malum (vitium) est. Sunt autem initio hæc 3. distinguenda, obligatio, contractus & actio. Contractus enim (Cicero res contrahendas semper appellat) est conventio sive negotium: ut stipulatio est ipsa verborum conceptio, quibus ab interrogato convenienter respondetur. *l.5. §.4. stipulatio. D. de V.O.* Ex eo nascitur obligatio tanquam ex facto sive actu jus. *arg. l.2. in fi. D. de reb. credit.* Verbis quoque credimus (quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.) Contractus enim sunt facti *l.7. consilio. §. ult. D. de curat. furios.* At obligatio est jus *§. ult. sup. de reb. corpor. & incorp.* & definitur Juris vinculum. Præterea non tantum ex contractu, verũ etiam ex alijs causis, ut ex lege, nascitur obligatio, ut inf. dicetur. Actio autem ex obligatione proficiscitur, *initio tit. inf. de V. O.* sive obligatio actionem parit. *l.42. licet. §.2. ea obligatio. D. de procur. l.7. in pr. D. de pact.* Juris gent. conventiones (inquit) quædam actionem pariunt (scilicet mediante obligatione) quædã exceptionem. Unde & mater actionis vulgo dicitur ex Theophilo *hic & l. 41. licet. §. ea. D. de procurat.* Quod tamen de actionibus tantum in personam accipiendum est. Nam actionum in rem causa non est obligatio. *§.1. omnium. vers. aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est. inf. de action.* sed jus aliquod in rem, ut dominium, servitus, pignus. Et actio quoque perinde ut obligatio definitur Jus, *in pr. tit. de action.* Afferuntur autem hîc 1. Definitio obligationis. 2. Divisiones duæ, & alterius subdivisio. Priusquam autem definitionem ipsam explicemus, constare oportet quæ obligatio hîc definiatur. Et vulgo tradunt naturalem & civilem simul, sive mixtam hîc definiri, secuti *Accurs. hic in pr.* Faciunt enim vulgò Dd. obligationem triplicem: Quam etiam *Hotom. in partit.* retinet. & *Donell. in commentar.* Naturalem solam, civilem solam, & Naturalem ac civilem simul. Sed hæc distinctio apud JCtos inaudita est. Nulla enim est obligatio civilis sola *ut inf. ad tit. de literar. obligatione dicam.* Nulla etiam mixta, quæ partim sit naturalis, partim civilis. Illa quidem divisio extat in jure, quòd obligatio alia sit naturalis alia civilis, item debitum aliud naturale aliud civile. *l.1. D. de novat. l.16. fidejussor. §.3. D. de fidejuss. l.95. Stichum. §.4. naturalis. D. de solut. l. 5. res hypothecæ. D. de pignor. l.10. naturales. & l.14. servi. D. de obl. & act. l 8. græce. §. 3. & post litem. D. de fidejuss. §.1. inf. eod. l.7. juris gent. §.2.* sed etsi in alium (ibi: & hinc scilicet ex synallagmate nasci civilem obligationem) *D. de pact. l.13. naturaliter l.19. si pœna, in pr. l.38. frater à fratre. l.59. si fidejussor.* (ubi naturale vinculum & civil. dicitur) *& l.60. Iulianus. D. de cond. indeb.* Et naturale vel natura debitum *l. si non sortem 26. §. Libertus & l.64. si quod dominus D. d. t. l.40. quib. §.3. Dominus. de cond. & dem.* Sed hæc divisio non tàm rei est quam nominis (perinde ac si dicas contractus alij sunt veri, alij imaginarij *l.54. D. de obl. & act.* Testamentum aliud est jure perfectum seu justum: aliud falsum, irritum, injustum, ruptum, imperfectum. Idem existimo de naturali possessione.) Nam & naturalis obligatio & debitores naturales per abusionem intelliguntur. *d. l.16. §.4. naturales. D. de fidejuss. l.41. nec*

servorum.

servorum.D.de peculio. (abutimur verbo debendi cum servum debere vel obligari dicimus. Sicut etiam testamentum injustum, abusivè testamentum appellamus *l.2.§.1.D.Testamentum quem ap.* Vera autem & ad agendum efficax obligatio est civilis. *d.l.7.D de pact.§.1.& §.æquè si debitor inf.de except.* ut servus domino, vel contrà debitor esse intelligatur, ex causa civili computandum est *l.49.non solum.§.ult.D. de pecul.*

Naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur *d.l.95.D.de solut* & solo jure gentium *l.84.cum amplius.§.1.D.de R.I.l.47.indebitam.D.de cond.ind.* Et quibus natura debetur non sunt loco creditorum, propriè scilicet dictorum *l.10.creditores.D.d. V.S.* Et naturalis obligatio actionem non producit, sed exceptionem tantum *§.praterea.& seq.inf. de except.* Nisi quod ex rescripto D. Pij uno casu naturaliter obligatus conveniri potest. *l.pupillus.D.de auct.tut.l.3.§.pupillus.D.de neg.gest.l.3.in pr.D.commod.* ubi hæc actio utilis dicitur. Et hic primus est naturalis obligationis effectus. Sunt & alij, ut quòd naturalis obligatio impedit condictionem indebiti *l.64.si quod dominus & passim sub tit.de cond.indeb.l.3.C.de usur.* Tertiò, quod fidejussor & pignus ei accedere potest, *l.13.naturaliter.in pr.D.de cond.indeb.l.5.in pr.& l.14.quæsitum.§.1.D.de pignorib.l.6.§.1.l.7.& l.8.§.3.& post litem.& l.16.D.eod.* Quartò naturale debitum potest constitui *l.1.§.debitum D.de constit.pecun.* Quintò novari potest obligatio naturalis. *l.1.D.de novat.* Sextò potest compensari. *l 6.etiam.D.de compensat.* Item debitum naturale potest servari per retentionem pignoris *l.per retentionem.& l.pignoribus C de usur.l.11.si quis.C.depositi.* & spectatur in deductione peculij. *l.11.si noxali.§.2.sed si à debitore sup.de peculio.* Dixi, Naturalem obligationem non producere actionem. Excipitur unus casus, cum scilicet pupillus factus est locupletior. Is enim etsi naturaliter tantum obligatur, tamen conveniri potest. *l.5.pupillus.in pr.D de auct.tut.* Sed de causa naturalis obligationis non inter omnes convenit. Sunt enim qui putant eam ex pacto nudo oriri: in quibus est etiam Donell. Sed verior videtur negantium sententia Baronis, Connani & Præceptoris mei Giphanij. I. Quia nusquam in tit. de pactis vel in D. vel in C. hoc dicitur. II. Quia ad omnẽ obligationem etiam naturalem constituendam causa civilis requiritur. *l.49.non solum §.1.D.de pecul.* Putant etiam ex stipulatione alteri facta nasci naturalem obligationem (æquè falsò) *Dd.ad l 38.stip.ista.§.alteri.D.de V.O.* Item ex actibus & contractibus inutilibus & prohibitis (ut testamento imperfecto, ut alienatione rei prohibitæ, ut fundi dotalis, rei minoris, ut contractu prodigi, &c. Quæ igitur causa est? Resp. Conditio & qualitas aut vitium personæ contrahẽtis, ut videre est in pupillo, qui sine tutore contrahens naturaliter obligatur tantum in quantum factus est locupletior *l.5.D.de aut.tutor.& l.43.obligari.vers.pupillus.l.59.pupillus.D.de O.& act.* Sic servus non civiliter sed naturaliter & obligat & obligatur *l.14.servi & l.43.obligari in fi.D.de ob.& act.l.13.naturaliter.& l.64.si quod dominus.D.de cond.indeb.l 41 nec servus.& l.49.non solum.§.ult.D.de pecul.* Sic filiusfam. & patri & fratribus in eadem potestate tantum naturaliter obligatur. *l.38.frater à fratre.D.de cond.indeb.*

Tollitur autem hæc naturalis obligatio tum illis communibus modis, ut solutione, novatione, acceptilatione, interitu rei, &c. *de quibus infr. tit. ult. h. lib.* tum proprijs, ut pacto & jurejurando. *l. 95. Stichum. §. 4. naturalis. D. de solut.* Etsi enim ex pacto neque nascitur obligatio naturalis, ut supra d. neque pactum prius de non petendo per posterius de petendo ipso jure tollitur: *l. 27. si unus. §. 2. pactus. D. de pact.* tamen obligatio naturalis per pactum tollitur, hac ratione, Quia faciliores propensioresque sumus ad liberandum quam ad obligandum. *l. 47. Arrianus. D. de Ob. & Act.*

Postremò obseruandum verbum obligationis naturalis etiam aliter in jure accipi, ut I. planè Philosophicè potius quam civiliter & ex jure *in l. 25. sed etsi. §. consuluit. D. de petit. hered.* Naturalis obligatio ad ἀντίδωρα sive ad remunerandum, &c. II. naturalis obligatio dicitur etiam quæ re fit: ut ex mutuo, ex pignore *l. 126. Si ita stipulatus. § 2. Chrysogonus. vers. superest. D. de V. O. l. 59. debitor D. ad Trebell.* Quomodo naturalis etiam solutio dicitur quæ fit numeratione vel traditione. *l. 49. solutam. D. de solut.* Sed eæ significationes huc non pertinent. Redeamus g. ad obligationem civilem: ejusque definitionem explicemus.

Theophilus ita in tit. de rebus corporal. & in corp. Obligatio est juris vinculum, quo quisque id facere cogitur quod facere debet. Primum ergo obligatio est juris vinculum, sive est jus & res incorporalis. Etsi enim id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumq; corporale est, ut fundus, servus, pecunia, &c. tamen ipsum jus obligationis incorporale est. *§. incorporales. supr. de reb. corpor. & in corp.* Sed quia jura partim rei sunt, id est, rem afficiunt, partim personam, ut sciamus obligationem esse jus personæ, sive personam obstingere, idcircò additur, adstringimur, & clarius *in d. l. 3. D. h. t.* ut alium nobis obstringat.

Dices, obligationes non tantum esse jus personæ, sed etiam rem ipsam afficere, ut videre est in pignore. Non tantum enim debitor ipse, qui pignus dat, creditori obligatur, sed etiam res ipsa nexu pignoris tenetur. R. Duo hic spectāda sunt in pignore vel hypotheca: contractus ipse seu pactum, & traditio sive permissio & patientia domini. Ex contractu tantum oritur obligatio personæ, Ex traditione jus in rem. Quod ait, necessitate, id eò pertinet, ut intelligamus, nullam fieri obligationem sub hac conditione, si volam, sive quæ in arbitrium alterius contrahentium cōferatur *l. 8. sub hac D. de Ob. & act. l. 13. C. de contr. empt. l. 7. ff. eod. l. 17. & l. 108. §. 1. ff. de V. O.* Et hoc est quod vulgò dicitur *ex l. 5. sicut C. eod.* Contractus ab initio esse voluntatis, postea vero necessitatis, facit *l. 52. obligamur. §. 4. consentientes. l. 5. si quis argentum §. ult. C. de donat & l. 6. C. de revoc. donat.* Et debitoris esse intelligitur propriè, à quo invito exigi pecunia potest *l. 108. debitor. ff. de V. S.* Atque hæc necessitas exprimitur verbo oportet in formula actionum in personam: Si paret, dare facere OPORTERE, &c.

Debent igitur obligationes proprijs viribus consistere. Alioqui neque officio judicijs, neque prætoris imperio neque legis potestate confirmantur *l. 27.*

obliga-

obligationes. D. de ob. & act. Quæ enim contra leges fiunt pro infectis habenda sunt. *l. 5. non dubium. C. de ll. l. 14. jubemus. C. de sacrosanct. Eccles.* Neque huic necessitati obligationis obstat, quod interdum justa aliqua exceptio ejus effectum impediat, id est, actionem elidat atque infringat: *qua de re infr. de except.* Id enim fit ex eventu. Nam si obligatio & actio maneret efficax ad condemnationem, exceptio non opponeretur.

Additur porrò: Alicuius rei solvendæ. Quibus verbis materia obligationum significatur. Rei vocabulum aliàs opponitur facto, *ut §. ult. infr. de V. O.* Sed hìc generaliter accipiendum videtur, ut etiam factum comprehendat, vel dicendum id poni in definitione, quod plerumque & crebrius fit. *in d. l. 3. D. h. t.* hæc 3. distinguuntur: dare, facere, præstare: quorum aliquod semper in omni obligatione versatur: ut infra in singulis obligationum speciebus apparebit. Omnis inquam obligatio vel est in re danda, eaque corporali uel incorporali, ut veste, domo, fundo, servitute, usufr. vel in facto: ut sunt fossam fodere, arare, insulam ædificare, ire Romam, manumittere, &c. Vel in præstationibus, ut habere licere, uti frui licere, &c. ut item cernere est in judicijs familiæ erciscundæ, communi dividundo: ubi ad mutuas præstationes cohæredes sibi invicem obligantur de quibus *infr. ad tit. de act. & tit. de off. Iud.*

Præstantur, dolus, culpa, casus, custodia, diligentia, damnum, id quod interest & aliæ accessiones usuræ.

Solutionis verbum etiam generaliter non tantum pro numeratione vel datione, sed pro quavis liberatione accipiendum est: *l. 54. solutionis. D. de solut.* qua de re *infr. tit. ult. h. lib.* Quod sequitur secundum nostræ civitatis jura: id 4. modis exponi posse annotat Accurs. hìc (ut scilicet vel ad totam definitionem referatur: vel ad illa verba: Juris vinculum: vel ad hæc, alicujus rei solvendæ: vel denique ut limitativè seu restrictivè & exclusivè (remotivè ipse inquit) positum intelligatur: quasi dicat. Illa tantum obligatio vera est, quæ secundum jus facta est, non quæ contra Jus, &c. quorum modorum postremum plerique, etiam Cujac. in Notis hìc, sequuntur, ut scilicet ad verbum solvendæ referatur. Solutio enim nisi fiat secundum regulas Juris, non est vera solutio, solventem non liberat; *ut infr. dicetur d. tit. ult.* Videtur tamen hæc particula in definitione superflua. Satis enim ex superioribus jam intelligitur, in quibus consistat obligationis substantia.

Ad §. Omnium autem.

Definitioni obligationis subjicitur duplex Divisio, quia ut gl. inquit in pr. unumquodque tunc perfectè cognoscitur, cum in se & suis partibus demonstratur: sive ut Philosophi, quia à confusis ad distincta procedit humana cognitio. Summa g. & prima ac princeps divisio obligationum hæc est, à causa efficiente sumpta, quod aliæ sunt civiles, aliæ prætoriæ sive honorariæ: quæ divisio & alibi passim in libris nostris reperitur. Eodemque modo & actiones dividuntur. *§. sed istæ & seqq. etiam §. in personam cum seqq. infr. de actionib. L. 25. actionum. §. ult. D. de Ob. & act.*

Et suc-

Et successiones, & testamenta, ut supra d. Illud autem hîc animadvertendum est, aliter hîc civilem obligationem accipi atque supra. Ibi enim naturali obligationi opponebatur, ita ut prætoriam quoque complecteretur. Hîc verò prætoriæ opponitur, omnesq; eas obligationes continet, quæ ex quacunque juris civilis parte, ut LL. SC. plebiscitis, aut constitutionibus, imò etiam ex jure non scripto sive moribus proficiscuntur.

Exempla obligationis civilis (quæ & legitima rectè dicitur *arg. l. 6. D. de pact.*) hæc ferè commemorantur: ut ex 12. tabb. obligatio ex testamento, constituta per l. 12. tabb. §. 1. *supr. de legat.* ut ex SC. Pegasiano, ut is qui quartam accepit, creditoribus hereditarijs teneatur *de, quo sup. de SC. Tertulliano,* ut obligatio furti, quæ olim quidem tàm manifesti quàm nec manifesti: hodie vero tantum nec manifesti: *de quo infr. ad §. pœna. tit. l. lib.* 4. ut obligatio de pauperie. *l. 1. & tot. tit. D. si quad. pauper. & infr. eod.* ut obligatio ex Lege Aquilia de damno injuria dato, quæ est plebiscitum, *ut infr. dicetur ad tit. de Lege Aquilia.* sic obligatio ad rem donatam tradendam, *ex l. 35. Si quis argent. C de donat. de qua supr. d. t.*

Sic vetus illa literarum obligatio & nominum est ex jure civili, quia moribus introducta est, seu consuetudine, quæ etiam pars est juris civilis, §. *constat. supr. de jure nat. gent. & civili.* Et has quidem obligationes jus civile constituit. Sunt & aliæ, quas non quidem constituit, sed tantum comprobavit jus civile, cum essent instituta ex jure gentium, ut in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, commodato, deposito, alijsque contractibus videre licet *l. 5. D. de just. & jure l. 7. juris. gent. D. de pact.* (Jus enim civile est quod neque in totũ recedit à jure naturali vel gentium, nec per omnia ei servit. *l. 6. D. de just. & jure.*) Obligationes prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit, *ut hîc.* Sic stipulationes prætoriæ §. *prætoriæ. I. de divis. stip. l. 5. D de V.* O. Jurisdictio hîc non est accipienda pro imperio prætoris, *ut in l. 27. D. de ob. & act.* Sed pro ipso edicto, quod ex competente jurisdictione prætor proposuit in albo, *ut & in §. sed istæ. & §. pœnales infr.* de actione & passim.

Sed hîc observandum est, non omnes eas obligationes aut actiones, quas in edicto proposuit prætor, statim esse prætorias. Nam proposuit & commodati obligationem & actionem, proposuit & petitionem hereditatis & alias, quas tamen constat non esse prætorias, sed civiles, in quo Accurs. alijque lapsi sunt. Eæ demum sunt prætoriæ, quas prętor in edicto suo constituit & introduxit, ut substantiam inde capiant, cum jure civili essent incognitæ. Exempla sunt in obligatione, 1. ex hypotheca seu pacto pignoris §. *item Serviana infr. de act.* 2. ex constituto §. *de constituta. infr. d. t.* 3. de peculio. §. *actiones autem infr. d. t.* 4. ex jurejurando §. *item si quis infr. d. t.*

Huc pertinent obligationes ex delictis quibusdam, ut injurijs quibusdam. §. *pœna. infr. de injur.* ut ex rapina. *in pr. infr. de vi bon rapt.* ut albi corrupti, de in jus vocatione, ut furto manifesto. §. 1. *vers. furti. infr. de perpet. & tempor. act.* Interdicta quoque omnia cum sint in persona, intelligimus personam nobis obligatam esse, & quidem jure prætorio. *tot. tit. infr. de interd.*

Ad

Ad §. Sequens.

Huic divisioni quadrimembri (quæ à forma sumpta videtur) obstare videtur. *l.1.in pr.D.de obl.& act.* Ubi trimembris à Gajo affertur divisio. Obligationes (inquit) aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex varijs causarum figuris. (Quomodo & Aristoteles tantum duo facit genera: συναλλάγματα ἑκούσια & ἀκούσια.) Et Cajus *tit. 9. lib. 2.* omnes obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex culpa. Resp. Aut illis postremis verbis (proprio quodam jure ex varijs causarum figuris) intelligendos ibi esse quasi contractum & quasi maleficium, aut si ea cum Accursio accipiamus de contractibus incertis sive innominatis (quæ interpretatio confirmari videtur §.*præterea.vers. & placuit.inf.de locat.*ibi: Sed proprium genus contractus) tum verbo contractus etiam quasi contractus, & verbo maleficij etiam quasi malefic. comprehendi dicemus. De varia autem interpretatione illorum verborum Caij: Aut proprio quodam jure ex varijs causarũ figuris, videri potest etiam Cujac. *in comment.Digest.ad d.l.1.de oblig. & act.* ubi præfert priorẽ ut sc. de obligatione quasi ex contractu & quasi ex delict. accipiatur. Deinde obstare videtur quod obligationum plures sunt causæ præter has 4. Nam & lex obligationem introducit. *l.41.quoties lex.& l.52.§.lege D.de oblig. & act.* unde condictio ex lege nascitur. *tot.tit.D.de cond.ex lege.* Item jure honorario obligamur &c. *d.l.52.§. Iure honorario.D.d.t.* Item ex æquo & bono: *Vide comment.ar.Giphan.in tit.de pact.* Unde pleræque condictiones, & actio de dote. Resp. Non fuit Imp. nostro propositum omnes obligationum causas hîc explicare. Sciendum est autem Contractum in jure 4. ferè modis accipi: I. latissimè, ut etiam delicta contineat, (qui mali contractus dicuntur) *l. 52. si verum.in fi. D. de re iud.* Nam & delicta & crimina contrahi dicuntur. *l.2.D. de cond.ob turp. caus.* qui judici dat, ut pronunciet secundum se in bona causa, etiam crimen contrahit. *l.15.& l.31.in fi. D.de donat.* II. interdum latè, ut etiam quasi contractum comprehendat, *ut in d. l.1.* posteriore modo accepta. III. ita ut q. contractui opponatur, *ut hîc.* IV. strictè pro eo tantum negotio, ex quo ultrò citróque oritur obligatio *l.19. Labeo. D. de V.S.* Sunt enim quidam contractus, ex quibus una tantum pars obligatur ut in mutuo accipiens: in stipulatione promittens; Sunt contrà alij, in quibus utraque pars obligatur, sive ex quibus obligationes mutuæ nascuntur: ut in emptione tàm emptor venditori quàm hic illi: Ita & in locatione & conductione. Prioris generis contractus μονοπλεύρους Græci vocant; alterius generis διπλεύρους. Qua de re & *sup.admonui ad §.1.de auct.tut.* Præterea contractus alij sunt certi, qui transeunt in proprium nomen (vulgò nominati dicuntur) alij sunt incerti, qui nomen non habent (innominati) causam tamen habent, id est, dationem vel factũ: quales sunt hi 4. do ut des, do ut facias, facio ut des & facio ut facias. De quibus explicatur latius *ad l.7.D.de pact.l.9.Certi.in pr.D.de reb.cred.& ad l.5. naturalis. & t.t.D.de præscr.verb. & aliquid dicetur inf. ad §. præterea. D. de locat. & cond.* Quid autem quantumque inter hæc 2. genera contractuum inter sit, alibi dicitur, v.g. quod in innominatis locus sit pœnitentiæ, in nominatis non item. Est & hæc divisio contractuum in jure * sequens, quòd alij sunt bonæ fidei, alij stricti

 juris.

juris. *l.3.C. in quib. cauſ. in integ. de qua inf. ad §. actionum.* Contractus autem definiri poteſt conventio duorum vel plurium lucri cauſa, qua alter alteri ad dandum, vel faciendum vel præſtandum obligatur. Dixi loco generis. Conventio quo convenit cum pactis. Nam & pactum eſt conventio *l.1. & l.7. in pr. D. de pact.* Reliqua vero differentiæ cauſa adduntur: quid autem inter contractum & pactum interſit, ex ſuperioribus intelligi poteſt. Omiſſis autem in præſenti reliquis tribus membris hujus diviſionis, quarum ſpecies infra ſuis locis proponentur, hîc Imperator primum, quod eſt contractus, perſequitur: Cujus ordinis ratio eſt à nobis ſuperius indicata. Contractus g. vel re fiunt vel verbis vel literis, vel conſenſu, Quomodo & Cajus dividit *d.t.9.l.2.* Sed obſtat. *d.l.1.§.1.D. de ob. & act.* ubi literarum obligatio omittitur. Sed de eo *inf. commodius ad tit. de literarum obligat.* Sed cur 4. ſunt contractuum genera? Ratio eſt, Quia vel re ſive facto, ut datione, numeratione, contrahunt homines, vel verbis. Verba autem vel voce proferuntur vel ſcribuntur: utraque vel ſolennia, concepta & certa ſunt, vel vulgaria & quælibet, quibus conſenſus declaratur. Si re & facto contrahatur, erit contractus qui re fit: Si verbis conceptis & ſollennibus, contractus dicitur verbis fieri: Si ſcriptura ſollenni, contractus erit qui literis fit: ſi denique vel verbis vel ſcriptura non ſolemni, vel qualibet alia ratione, ut nutu & ſignis conſenſus contrahentium declaratur, contractum dicemus cónſenſu fieri: non quòd à reliquis contractibus conſenſum excludamus: In omnibus enim conſenſum intervenire oportet. *l.55. in omnib. D. de ob. & act. l.1. D. de pact.* Sed quod præter conſenſum in illis etiam aliquid amplius requiramus: ut vel rem ac factum. v.g. numerationé, dationem, vel verba, vel ſcripturam: quæ tria in hoc poſtremo genere non ſunt neceſſaria, v.g. Contrahitur emptio etiamſi neque res ſtatim tradatur neque verba ſollennia neque ſcriptura accedat: ſimul atque de pretio convenerit, *inf. tit. de Empt. & vendit.* Et hæc quidem diviſio contractuum à forma ſumpta eſt: poſſunt etiam ratione materiæ dividi: v.g. quòd alij fiant de rei proprietate ac dominio, alij de ſimili jure in rem id eſt q. dominio, ut fit in Emphyteuſi: alij de rei uſu ac fructu: alij de operis & factis hominum communicandis. Qua de re alibi latius dicetur.

AD TIT. XIV. QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

PRiusquàm ad ſingulorum contractuum explicationem veniamus, rectà docendi ratio poſtulare videtur, ut breviter quædam præmittamus de natura & forma contractuum in genere, tùm de ijs, quæ in contractibus præſtantur aut non præſtantur. Contractuum adminicula vocat Papinianus *l. 72. pacta. D. de contrah. empt.* Qualia ſunt, Dolus, culpa, caſus fortuitus ſive vis major, uſuræ. Primum g. ſciendum eſt, contractus ſingulos formam ac naturam ſuam ac quaſi terminos, ut ait Papinianus, habere à jure aut moribus ipſis attributam aut præſcriptam: quæ à contrahentibus obſervanda eſt.

Et in

Et in bonæ fidei contractibus, etiãsi lingua nihil nuncupatum sit *l.66.* D. *de contr. empt. l 31.§ & quia* D. *de adit ed. l.4.5. & 6.* D. *in quib caus. pign.* Si modò nominatim aliter non convenerit. Poteſt enim natura contractuum pactis nonnihil immutari: quæ pacta dicuntur legem contractui dare & formare ipſam actionem. *l.7.§.quinimò.* D. *de pact. l.1.§.6.ſi.convenit.* D. *depoſiti. l.23 contractus.* D. *de R. I* Fiunt autem pacta vel de ipſo contractu, vel de ejus adminiculis: & vel in continenti, ſive in ingreſſu & initio contractus vel poſtea ex intervallo adjiciuntur: quæ prout vel contractibus bonæ fidei vel ſtrictis adjiciuntur, ita aliam atque aliam vim habent, & vel actionem vel exceptionem pariunt: Qua de re explicari ſolet *ad d.l.7.§.quinimo & §.adeò.* D. *de pact l.72.pacta conventa.* D. *de contr. empt. l. 40. lecta.* D. *de reb. cred.* Vide Hotom. *quæſt. illuſt. 37.* Sed quod de forma contractuum dixi, eam pactis mutari poſſe, id eatenus verum eſt modò ne ſint planè contraria ipſi ſupſtantiæ contractus. Tum enim negotium egredietur terminos, & tranſibit in aliud genus contractus. Ne item ſint contra bonos mores, quale eſt pactum, Ne dolus in bonæ fidei contractu præſtetur. *l.23. de R.I. l.27.§.3 illud.* D. *de pact l.17. in commodato. in pr.* D. *commod. d.l.1. depoſiti* Exempla ſunt *in d.l.7. §.15. ſed etiamſi. verſ. item ſi quis.* D. *de pact. & l.14. L. Titius. l.1.§ 6 Si convenit.* D. *depoſ. l.12. cum precario.* D. *de precario & c.l.1 §.ult.* D. *Mandati.* Sed his, quia difficiliora ſunt, jam omiſſis, de ijs, quæ in contractibus præſtari diximus, breviter videamus. Latius enim de illis tractari ſolet ad *l.23* D. *de R. I.* Habebunt autem iſta maximum uſum, non modò in contractibus, ſed etiam in delictis. Aliter enim punitur qui dolo aliter qui culpa & aliter qui lata quàm qui levi aut leviſſima deliquit: ut pulchre oſtendit Hartmannus Hartmanni *tit.50. obſervat.10.* Dolus malus ad differentiam doli boni id eſt ſolertiæ, ſic dictus (qui in omnibus bonæ fidei contractibus præſtatur) eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *l.1.§.2. dolum.* D. *de dolo malo. l.7.§. dolo mal.* D. *de pact.* Dolo ſive fraudi opponitur bona fides & æquitas *l.31. bona fides.* D. *depoſiti.* Culpæ, quæ & negligentia dicitur & deſidia & ignorantia, tres ſunt gradus: Lata ſive latior, levis & leviſſima. Totidem enim ſunt diligentiæ ac ſcientiæ gradus, quibus culpa opponitur. Eſt diligentia vulgaris, Eſt boni patrisfam: Eſt denique exactiſſima & ſcrupuloſa. *l.6.* D. *de jur. & fact. ignor.* Lata ſive latior culpa, quæ & lata & diſſoluta ac ſupina & nimia negligentia paſſim dicitur, eſt cum quis non intelligit, quod omnes intelligunt. *l.6 & 9.§.2. ſed facti.* D. *de jur. & facti ignor. l.213. cedere diem §.ult. & l. 223. lata culpa.* D. *de V. S.* & ibi Alciat. & alij, cum quis non ad eum modum eſt diligens, quem hominum natura deſiderat. *l.32. quod Nerva.* D. *depoſ.* Talis culpa dicitur propè fraudẽ accedere & propè dolum eſſe, & dolo proxima eſſe, Et dolo comparari. *l.1.§.* D *ſi menſor. falſ. mod. dix.* & dolum repræſentare. *l. 1. § ſi is que teſtam. liber.* ubi vide plura loca. *in gl. l.47. cum res. § pen.* D. *de legat. 1. l.29 ſi fideiuſſor. in pr.* D. *Mand. l.7. impuberibus. §.1. ſi fraus.* D. *de. ſuſp. tut. l.4.* D. *de mag. conven. l. quæſitum 8. §. 3. eum quoque* D. *de precario.* Imo dicitur eſſe dolus. *d.l.32.* D. *depoſ. l. 226. magna negligentia.* D. *de R.I.*

Fraude enim carere non videtur qui in deposito, v.g. non æquè diligens est in re alterius ut in sua. Sed hoc in contractibus tantum, non etiam in delictis & criminibus verum est. Ibi enim dolus à lata culpa distinguitur, & gravius punitur dolus, quàm lata culpa, *l.7.D.ad L.Cornel.de sicar.* Levis culpa, quæ à JC. simpliciter culpa dici solet, est quæ mediocri diligentiæ opponitur, quam debent homines frugi & diligentes præstare, ut ait Alfenus. *l. 11. si venditor. D. de periculo & commod.* Huc pertinet imperitia, quæ etiam culpæ annumerari dicitur. *l.132. imperitia. D. de R.I. l.9. si quis domum. §. pen. Celsus. D. Loc. l.8. D. Ad L. Aquil.* Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. *l.36. D. de R. I.* Imperitia culpæ annumeratur. Scientia duplex: 1. quæ cadit in Jurisprudentes. 2. quam quisque assequitur consulendo peritiores & prudentiores: ut diligentior patrefamilias debet. *l.2. §. ult. D. Quis ordo. l.6. & l.9. §. 2. D. de jur. & facti ignor.* Levissima culpa, cum quis ea non intelligit aut præstat, quæ diligentissimus quisque paterfam. Ea enim exactissimæ diligentiæ opponitur. Casus fortuitus sive damnum fatale, quæ & vis major dicitur, est quod nulla humana industria provideri aut averti potest. *l.5. §.2 nunc videndum. D. commod. l.9. §. 2. & l. 25. si merces. §. 6. vis major. D. locat. l.52. cum duobus. §.3. damna. D. pro socio.* Exempla enumerantur in *d. l. 23. vers. animalium. D. de R. I.* Furtum verò quia custodiâ diligenti caveri potest & diligenti patrifam. non fit, non annumeratur casibus fortuitis. De incendio distinguendum, ut si culpa inhabitantium, qui negligentius ignem habuerunt, exoriatur (ut plerumque fit *l.3. § 1. D. de offic. præf. vigil.*) non annumeretur casibus fortuitis: Sin autem fortuitus casus incendij causam tulerit, annumeretur. *d.l.9. §.3. si colonis. D. locati. l.11. si vendita insula. D. de pericul. & commod. & ita in d. l.23. vers. animalium inf. h.t. §. præterea.* Ut autem dolus malus in omnibus bonæ fidei contractibus præstandus est, nec pacto effici potest ne præstetur; *ut sup. d.* Ita hi casus fortuiti in nullo regulariter præstantur. *l.6. quæ fortuitis. C. de pig. act. d. l. 23. de R.I.* ut tamen præstentur conveniri potest. *d.l.9. §.2. Iulianus. D. locati. d. l.7. §.15. sed et si. vers. item si quis pactus. D. de pact. d. l.1. §.35. sæpè. D. depos.* Sed quid horum in unoquoque contractu præstetur, docetur *in l.23. D. de R.I.* & *l.5. §.2. nunc videndum. D. commodati. & inf. dicetur ad singulos contractus.* Breviter contractus vel utriusque gratia fiunt, & dantis inquam & accipientis, vel alterius tantum. In illis dolus ac levis culpa præstatur regulariter. Si dantis tantum gratia fiat cōtractus, dolus tantum præstatur: ut in deposito. Si accipientis tantum gratia, non modò dolum & latam ac levem, sed etiam levissimam culpam exigimus: ut in commodato. Excipitur precarium, in quo dolus tantum præstatur. *l.8. quæsitum. §.3. cum quoque. D. de precario.* Potuit enim precarium revocare quando voluit. Sequitur ut de usuris pauca dicamus. Nam & hæ in contractibus sæpè præstantur. Et in bonæ fidei quidem contractibus, quibus comparantur legata & fideicommissa ex mora debentur. *l.32. §.2. in bona. D. de usur. l.2. C. depos. l.3. C. in quibus caus. in integr. rest. neceßar. non est.* Exempla *l.2. C de usur. l.13. Iulian. §. ex vendito. D. de act. empt. l.5. & l.13. §.1. C. eod.* Itaq; officio judicis, item ex pacto nudo utraque causa conjungitur in *l.5. initia. C. de pactis inter empt. & vend.* In contractibus verò stricti juris (ut in mutuo) neque ex mora neque ex pacto usuræ debentur.

Sed ut

Sed ut peti possint, stipulationis vinculo opus est. *l.3.C. de usur.* Sed de usuris in bonæ fidei contractibus observandum, eas non tàm ex obligatione proficisci, quàm ex officio judicis applicari. *l.40. quæro. D. locati. l.4. C. depositi.* Cum usura magnam affinitatem habet id quod interest: de quo vid. *tit. C. de sentent. quæ pro eo quod interest prof.* Hoc quoq; initio observãdum, Contractus paulatim auctos esse, aliosque supra alios moribus inductos: ut feudum, contractus libellarius, censualis, precarius, de quibus alibi dicetur. Quanquam Hottomannus putat feudum non esse contractum *5. obs. c. 28.* cujus rationes examinabimus in Partitionibus nostris Feudalibus. Est & hoc notandum vulgò differentiam constitui inter naturam & substantiam & accidentia contractuum, de qua vide Mozzium & Zas. *in intellect. singular.* Sed Cujac. putat eam differentiam inter substantiam & naturam esse falsam *in fin. proleg. de feud. arg. §. de illa Inst. de societ. & l. pacta 7. D. de contr. empt. juncta l.7. D de pact.* Sed jã tempus est pergere ad contractus, qui re fiunt quorum hic V. exempla afferuntur, quorum enumeratio in textu ipso manifesta est. Ea tamen exempla non sunt ita accipienda quasi non sint plures hujusmodi contractus. Est enim & arrharum datio *l.17. contractus. D. de fide instr.* De qua aliquid dicam *inf. de emt. & vend.* Re fieri hic contractus dicuntur, non in quibus res est necessaria: ita namq; omnes contractus dicerentur re fieri, cum in qualibet obligatione res vel factum versetur: *ut sup. d. ad defin. obligat.* Sed qui consistunt ipso facto, v.g. donatione aut numeratione (ut & Theop. hîc *ἡ ἐκ πραγμάτων αὐτῶν*) sive in quibus ipsa res intercedit, id est, traditur, datur numeratur. *l.52. obligamur. §.1. D. de O. & Act.* qua numeratione substantia obligationis expletur: ut de mutuo ait Scævola, *l.6. D de SC. Maced.* Opponi autem solent hæc duo, verbis aliquid fieri, & re fieri, sive ipso opere. *l.4. §.1. D. de pecul.* re non verbis peculium augendũ est. Sic societas re coiri dicitur, i.e. quando res ipsę in cõmune conferuntur. *l.4. in pr. D. pro socio.* Sic & q. contractus quidam ex re nascuntur sive ex ipso facto, ut ex cõmunione, ex negotiorum gestione vel administratione, *inf. de oblig. quæ q. ex contractu nasc.* Sic domicilium re & facto transfertur. *l.20. D. Ad municip. al.* Sic solutio re fieri dicitur. *l.16. sub conditione. D. de solut.* Sic obligationes ex delicto omnes re cõsistere dicuntur, i. e. ipso maleficio. *l.4. D. de O. & A.*

Ad vers. Mutui autem datio.

Sumpta hæc sunt ex *l.1. D. de Obl. & Act.* ut & pleraq; hujus tit. excepto indebito, quod est ex *l.5. §.3 Is quoq;. d.t.* Huc a. pertinet tit. *D. de reb. cred. & tit. C. si cert. pet. Cajus lib.2. tit.9.* De mutuo 4. hic afferuntur: 1. Etymologia vocabuli. 2. Quibus in rebus cõsistat mutuum. 3. Quæ sit natura & vis mutui. 4. Quæ actio inde nascatur. Multa de mutui natura habet Theoph. *in §. nũc admonendi. Quibus alie. lic. vel non.* sup. De vocabulo ait Imp. ex Paulo *l.2. §.2. appellata. D. de reb. cred.* Mutuum inde appellatum esse, quod de meo tuum fiat. Quomodo & Isidorus *lib.5. cap.25.* Mutuũ appellatum est, quia id quod à me tibi datur, ex meo tuũ fit. Mutuũ in amicitia est, cum par voluntas accipitur & redditur. Cic. filius Metello *lib.5. epist.2.* par & mutua voluntas Cic. *Att.16.* Mutuũ cum aliquo facere. Plaut. Trinum & Luca. apud Nonium. Sic Varro *lib.5. de ling. lat.* scribit Siculos *μοῖτον* dixisse: q. *μοῦ τόν*, ut explicat Connan. *lib.7. c.1. n.7.* Sed ut sup. de postliminio &

testamento dixi, esse allusiones potius quàm veriloquia, idem hîc quoque de ista dicendum est: & de commodato quasi cum modo dato. Magis igitur probanda videtur originatio D. Bergij, quæ est & Cujacij *lib. 11. c. 37.* qui mutuum simpliciter à mutãdo deducere solebat, ut à cerno sit cernuus, à cædo cæduus, ab occido occiduus, ab assideo assiduus. Appellatur & credita pecunia, unde actio pecuniæ creditæ. *l. pen. D. de instit. act. l. 12. rescriptum* §. 1. *D. de dist. pign.* Creditum vero à mutuo differt, ut genus à specie. *l. 1 & l. 2. §. 3. creditum. D. de reb. cred.* (Græci χρῆσιν generali nomine appellant, usum, mutuum, commodatum, Germani Lenhen) II. consistit mutuum non in quibusvis rebus, sed in ijs tantum, quæ numero, pondere, mensurave constant sive continentur, *ut hîc & d. l. 1. §. 2. D. de ob. & act. Cajus d. lib. 2. tit. 9. l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* sive quæ communi specie continentur, ut ait *l. 29. cum. Stichus. D. de solut.* Et hæ res in jure dici solent quantitates: quibus opponuntur species & corpora. *l. 30. talis. l. 47. cum res. §. 1. D. de leg. 1.* Cum enim hæ res solæ functionem in suo genere recipiant, earum tantum datione in creditum ire possumus, ut ait Paulus *d. l. 2.* § 1. Unde hæ res etiam fungibiles ab interpp. dicuntur. Vide Zas. *ad §. in personam inst. de Action.* v. g. vinum cum vino, frumentum cum frumento, oleum cum oleo functionem recipit in suo ginere: At non equus cum equo, liber cum libro, servus cum servo. Metimur vinum, frumentum, oleum, idest, tàm arida quàm liquida. Ponderamus sive appendimus aurum, argentum metalla: numeramus pecuniam: quanquam hæc interdum etiam appenditur.) Et hac quoque in re, ut in multis alijs à commodato differt mutuum. commodari enim possunt omnes res, etiam soli. *l. 1. §. 1. D. commodati.* At mutuo dari possunt tantum res quæ pondere, numero & mensura constant. *Reform. Norimb. tit. 13. l. 1.* Quid ergo si mutuam petenti pecuniam non sit data pecunia, sed res aliqua, ut ejus venditæ pretio uteretur: eritne mutuum, an contractus incertus? de eo est *l. 11. rogâsti D. de reb. cred. & l. 19. rogasti. D. de præscr. verb. l. 8. si pro mutua. C. si cert. pet. l. 34. qui negotia vers. his argumentis. D. mand.* III. Natura & vis mutui hæc est: 1. ut dominiũ rei transferatur in accipientem: Id enim propriè significat dare. 2. ut reddatur aliquando non eadem res, sed alia ejusdem generis & qualitatis seu bonitatis. Dominium transferri oportet, Quia harum rerum, in quibus mutuum consistit, ea est, ut earum usus sit in abusu. *§. constituitur sup. de usufr. l. 5. §. 1. & l. 7. D. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* Oportet. g. utentem esse dominum. Unde sequitur etiam dantem oportere esse dominum propter regulam vulgarem, Nemo plus juris &c. *l. 2. § pen. D. de reb. cred.* At commodato dari etiam res aliena potest, non modò à bonæ fidei possessore, sed etiam à prædone & fure. *l. 15. & 16. D. commod.* Si ergo non dominus, v. g. fur alienos nummos dederit, vel servus fugitivus nummos domini vel pupillus sine autoritate tutoris, accipientis non facit. *l. 11. §. ult. l. 13. nam etsi fur. & l. 19. non omnis. §. 1. D. de reb. cred.* Volunt tamen Dd. hoc casu per consumtionem conciliari mutuum, quod ab initio nullum fuit ut & alijs modis fieri putant, secuti Accurs. *hic in verb. Tuum fiat & inf. in verb. mutuum accepit & in d. l. 2. §. appellata. D. de reb. cred.* Argumento nituntur eo, quod condictio hîc ex consumptione

ſumptione naſcatur *d. l. 13.* Sed dicendum eſt, Eam condictionem non eſſe ex mutuo, ſed ſine cauſa. Qua de re videantur quæ ſup. tradidi *ad §. Nunc admonendi. Quib. alien. licet vel non.*

II. Oportet reddere non eandem numero, ſed aliam ejuſdem generis, naturæ ſive qualitatis & bonitatis, ut pro Vini Rhenani veteris amphoris VI. totidem alias. Idque etiamſi nihil de eo cautum ſit, ut æquè bona res redderetur. Nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum eſt *l. 3.* D. *de reb. cred.* Aliud autem pro alio invito creditori ſolvi non poteſt *l. 2. §. 1. in fi. D. de reb. cred.* Si g. convenerit ut eadem res ſive ſpecies redderetur, non erit mutuum, ſed vel commodatum vel depoſitum *l. 2. in pr. D. h. t.* In his enim eadem res ſpecie (ſive ut philoſophi loquuntur, numero) reddenda eſt, ut & in pignore. de quib. infra. Adeò autem reddendum eſt mutuũ ut ne quidem interitu rei debitor liberetur. *l. incendium 11. C. ſi cert. pet.* Sed hoc ad *tit. ult. hujus lib.* pertinet, ubi de modis toll. oblig. Et in eo differt mutuum à donatione, in hac enim nihil reddere cogitur donatarius. *l. 3. §. 1. D. de ob. & act.* Non poteſt autem conveniri, ut plus reddatur quàm datum ſit, v. g. XI. pro X. quamvis ut minus rèddatur poſſit *d. l. 11. rogaſti §. 1.* Mutuum enim non contrahitur, niſi quatenus proficiſcitur pecunia *d. l. 2. §. item mutuum. D. d. t.* Neque etiam uſuræ in mutuo nudo pacto promiſſæ debentur, ſed tantum ex ſtipulatione. *l. 3. C. de uſur.* Poteſt enim mutuum contrahi ſine uſuris *arg. l. 11. D d. t.* Et Plaut: Si non poſſim mutuam accipere pecuniam, certum eſt, ſumam fænori. Fieri tamen poteſt, ut eadem ipſa res reddatur, quam quis mutuo accepit, ſi forte ea non egeat: ſed hoc fit ex eventu, ſive ut Accurſ. loquitur, incidenter: cum ab initio hoc actum non ſit. Atque hinc facile eſt definitionem mutui colligere. Eſt enim contractus qui re fit, quo quantitas ita datur alteri ut ipſius fiat, & aliquando res alia ex eodem genere, ejuſdem naturæ, qualitatis ac bonitatis reddatur. *Vide Cujac. lib. 11. c. 37.* De actione, quæ ex contractu & obligatione mutui naſcitur ait Imp eam vocari condictionem certi. Condictiones appellantur omnes actiones in perſonam: ut inf. dicetur §. *appellamus. De action.* Et condictio certi ex omni cauſa & obligatione competit, ex qua certum petitur *l. 9. certi cond. in pr. & §. 3. quoniam. D. de reb. cred.*

Quod autem interpp. ex Accurſio quandam etiam ſpecialem condictionem certi hîc introduxerunt, ea certè opus non fuit, cum ſufficiat generalis illa. Et ſunt hîc etiam propriæ actiones. v. g. actio ſi certum petatur, & actio pecuniæ creditæ. *l. 1. D. de condict. trit. & l. pen.* D. *de inſtit. act. l. 12. reſcriptum. §. 1.* D. *de diſtr. pign.*

Quæritur, An certi condictio etiam ad id quod intereſt detur. Dub. C. eſt. quòd incertum ſit, quatenus cujuſque interſit *l. 24. quatenus. D. de R. I. & l. ult. D. ſi quis in jus voc. non ierit §. ult. inf. tit. prox.* Accurſius tamen hîc putat, eam dari. Cui alij contradixerunt, *ut Bart. ad. l. 9. certi. & Alc. ad l unic. C. de ſententiis.*

Interdum ſtipulatio præcedit mutui dationem, & tum promiſſor in poteſtate habet, ne accipiendo pecuniam ſe creditori futuro obſtringat *l. 30. qui pecuniam D. h. t l. 7. D. de novat.*

In omni contractu vide 1. Quomodo contractus fiat 2. Quæ sit ejus natura & quomodo contrahentes sibi invicem obligentur 3. Quib. actionib. teneantur ex illo contractu natis.

Ad § Is quoque qui non debitum.

Altera species contractuum qui re fiunt est Indebiti solutio. Ea proximè subijcitur mutui dationi, propter similitudinem horum inter se, quæ deinceps apparebit. Huc autem pertinet *tit. D. & C. de cond. indeb.* Rat. dub. Cur indebiti solutio non videatur esse contractus, est, Quia is qui solvit non hoc agit ut negotium contrahat & obligationem constituat, sed potius ut ab obligatione se liberet atque eximat. Obligatio autem non contrahitur nisi id agatur inter contrahentes. *l.3.§.1. D de ob. & Act. ut hic vers. sed hæc species & §. item is cui. inf. de oblig. quæ 9. ex contractu.* Quæ etiam causa est, cur Cajus eam q. contractibus annumeret *l.5.§.3. is quoque D. de O & Act. & Imp. noster. inf.* Et sanè hæc obligatio non tàm ex contractu nascitur quàm ex æquo & bono, sive naturali æquitate, cui contrarium est, ut quis locupletetur cum alterius detrimento *l.32. si & me. D. de reb. cred l.14.15. & l.66. D. de cond. ind. l.74. & seq. l.206. D. de R. I.* R. T. Decid est quia qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotij gerit *l. 2. in pr. & l. 33. si in arca D. d. t.* Hoc enim tacitè agere videtur, ut si quando appareat indebitum fuisse, sibi reddatur: (cum nemo suum jactare præsumatur. *l.25. cum indebito. D. de probat.*) Plerumque autem id accidit, ut extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur *Pomp. l.13. is qui commodatum in fi. D. commod.* Huc pertinet quod etiam Livius solvendo res contrahi dixi, *lib. 7. in fi.* Obligatur ergo is qui indebitum accepit, ad id reddendum, si postea veritas emerserit: non minus quàm is qui mutuum accepit. Sed ut obligatio nascatur necesse est 1. ut solutum aliquid sit *l. 49. his solis D. de cond. ind.* 2. ut indebitum sit 3. ut per errorem & ab ignorante. Quot modis dicatur aliquid indebitum, vide apud Accurs. *ad l.1. D. de cond. ind.* Breviter indebitum est quod nullo jure neque naturali neque civili debetur. Quod enim naturaliter debetur, non potest repeti: *ut sup. d. ad tit. de obl.* Error quoque requiritur facti scilicet non juris *l.6. & 7. C. de cond. ind. l.10. vers ult. C. de iur. & fact. ignor.* Nam si quis sciens & consulto indebitum solvat, non habet ejus repetitionem, cū donâsse censeatur. *l.1. D. de cond. ind. l.9. C. eod. l.53 cujus D. de R I.* Et erranti annumeratur ét ancipiti animo solvens. *l. ult. h.t.* Quid ergo si alius debebat? Resp. hic distinguendum est: . . . t enim suo nomine solvit, putans se debere: Et hoc casu accipiens etiamsi de[illegible] am sibi recipiat, tamen id solventi reddere cogitur. Aut non suo sed veri de[illegible] is nomine solvit. Et tum quia debitum sovit, repetere non potest: Sed ve[illegible] debitor per id liberatur: cum alius pro alio solvere possit. *l.39. solvendo. D. de negot. gest. & l. 29 solutionem. D. de solut. & l.53. solvere. D. d. t.*

Et ita in concordiam adducendæ sunt aliquot leges in speciem adeò pugnantes, ut Budæus *ad. l. ult. D. de. ædil. ed.* putârit, antinomiam esse inexplicabilem, ut

l.11 si

c.11.si quis.l.19.Si pœna.§.1.& l.44.D.de cond.ind.l.5.C.eod.l.2.C de his qui in priorũ red. locum.l.44.repetit.D.de cond.ind.l.5.C.de pet. hered. &c. De quo vide Cujac. *lib.8. obs. c.9.*& gl. ac Bart. *ad d.l.19. si pœna. D. de cond. ind.* Sed uter probabit, fuisse indebitum? De eo est *l.25.D.de probat.* Datur autem condictio indebiti ad repetendam rem ipsam, quæ soluta est; eaque consumpta ad tantundem, vel ad æstimationem ac pretium *l. 7. & l.65. in summa. §. 6. in frumento. D. de cond. indeb.*

Deinde venit in hanc actionem quicquid rei solutæ accessit per alluvionem, ut fructus bona fide percepti, partus deducta tamen impensa (utili & necessaria) *l.15. indebiti. in pr. & d.l. 65.§.si ei qui indebitum. D.de cond. ind.* Sed fructus & accessiones naturales tantum hîc veniunt, non etiam civiles, ut usuræ. *l.1.C.de cond.ind.* Interdum etiam possessio sola condicitur, *ut d. l. 15. §.1.l.40. qui except.§.1. D.d.t.* Quod si dominium per solutionem non sit translatum, nõ debet res repeti per condictionem, sed per rei vindicationem *l.53.dominus.D. d.t.* Quia nemo rem suam condicit. *§.Sic itaq; infr.de act.* Nonnunquam etiam furti tenetur falsus creditor, qui sciens se non esse creditorem, tamen simulat. *l. 43. falsus in pr.D.de furt.l.18.quoniam. D. de cond. furt.* Notandi etiam sunt casus quidam, quibus cessat repetitio indebiti, de quibus *§. ult. infr. de oblig. quæ q. ex contr. nas.* ubi Accurs. I. Si quis sciens soluerit, de quo supra d. II. Si ex causa judicati quid solutum sit. *l.1. C. d.t. l. 29. Si fidejussor. §. 3. in omnibus autem. D. Mand. l.36. cum puta rem. D.fam.ercisc.* Idque propter rerum judicatarum autoritatem, quæ pro veritate habetur *l.25.D.de stat.hom.l.207.D.de R.I. Cic. pro Cajo Rabirio*, nisi ex falsis instrumentis esset judicatum. *l.ult. & toto tit. C. si ex falso instrum.* III. Quod transactionis nomine datur non repetitur *l.65.in summa.§.1.D.d.t.* Quia non minor est auctoritas transactionis quàm rei judicatæ *l. 20. non minor C. de transact.* nisi transactio nullius sit momenti, vel quia post rem judicatam facta sit vel quia de alimentis testamento relictis sine prætore contra SC. *l. 23. eleganter. D.d.t.* de quo SC. est *lex 8. cum hi quib. D.de transact.* IV. Non repetitur quod pœnæ causa solutum est. *l.42.pœna.D.d.t.* quod intelligendum de pœna conventionali vel judicis: non autem de pœna legis. Ea enim indebita per errorem soluta repeti potest. *l. 23. eleganter. §. ult. D. d. t.* V. Non repetitur indebitum solutum ex ijs causis, in quibus lis inficiando crescit. *l. 4.ea quæ.C.de cond. indeb. de quibus causiis infr. dicetur.§.ult.de obligat.quæ ex q.contractu & §. sed furti quidem. infr.de act.Paul.lib.1.Sent.tit.19.* Videtur enim quis sciens soluisse, ut scilicet effugeret periculum, quod convicto de mendacio immineret, *arg.l.4. D. de confessis.* VI. Non repetitur quod pietatis causa, ut dotis vel alimentorum nomine per errorem solutum est *l. 32.cum is qui. §. 2.mulier.D.de cond. ind.* Sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa. Distinguunt hîc quidam, ut & Giphan.de dotib.inter extraneum, qui per errorem indebitam dotem solvit, & matrem vel avum maternum, ut ille repetere possit, hic non possit. Sed textus hanc distinctionem non habet. Et aliàs quoque hoc casu cum de necessitate dotis constituendæ agitur, mater est inter personas extraneas.

data est, & quidem non [illegible] restituenda est *ut hic & l. 3. §. 1. D. d. t.* In mutuo non eadem res, sed alia [illegible] ejusdem generis & bonitatis, ut sup. d. 4. Huic consequens est, quod in commodato casus fortuitus & interitus rei, qui sine culpa commodatarii accidit, ad commodantem tanquam dominum rei pertinet, *ut hic & l. 5. § 4. quod verò. l. 18. in rel. D. h. t.* In mutuo autē casus fortuitus spectat ad eum, qui accepit, qui per id non liberatur. § [illegible] *C. si cert. pet. l. 9. pign. C. de pign. act.* 5. Mutuum est contractus stricti: commodatum bonę fidei *l. 3. § 2. in hac actione. D. commod. l. 2. C. de cōmod.* VI. Ex mutuo datione tantum accipiens obligatur (est cōtractus [illegible]) Ex commodato [illegible] non modò cōmodatarius, sed etiam dans *l. 17. in cōmodato. § 3. sicut autem. D. d. t.* Ideoq; duæ ex hoc cōtractu nascuntur actiones, cōmodati directa, quam & principalem vocat Paulus *d. l. 17. § 1.* quę datur cōmodanti: & cōtraria, quæ cōmodatario; *de quib. infr.* A locatione differt commodatū, quod hoc est gratuitum (sicut & mandatū & depositum) cum in locatione merces interveniat, *ut hic inf. § l. 5. § 12. rem tibi. D. cōmod. § in summa infr. de mand. l. 22 si tibi polienda. ff. de præscr. verb. l. 1. § ult. ff. Mandati.* Contrarium est officio merces. Præterea alia & quidem plura præstantur in cōmodato quàm in locatione, de quo infra.

A precario deniq; differt. I. Quod commodatum datur ad certum & determinatum usum: sive cum certò modo ac fine, quē præscribere ejus est qui dat. *d. l. 17. § 3. sicut.* D. *d. t.* in eam rem, in quam accepit, uti debet: Et quidem commodatarius re aliter ea uti non potest, sine delicto furti *l. 5. § quinimò.* D. *d. t. l. 16. qui furtum* D. *de cond. furt. l. qui jumenta 40.* D. *de furt.* v. g. Equum, quem accepit ut ad villam duceret, non debet ad bellum ducere: vel argentum ad convivium instruendum acceptum, non debet peregrè secum ferre *d. l. 5. § 7. Sed interdū l. 10. cum qui in pr. l. 18. in reb. & l. ult.* D. *commod. & hic vers. alioqui* Quo pertinet quod scribit *Val. Max. lib. 8. c. 2.* Quendam furti damnatum esse, q equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Non potest etiam is qui utendum dedit intempestivè atque importunè rem auferre usu nondum expleto. *d. l. 17. in commodato. § 3. sicut.* D. *commod.* Impletum autem esse usum probabit is, qui dedit.

Quod si rem commodatam dominus subripuerit, furti quidem nō tenetur, sed tamen contraria commodati conveniri potest, *l. 21 rem mihi in pr.* D. *commod.* Precarium vero non datur ad certum usum, sed ad incertum, ideoq; revocari potest quandocunq; is qui cōcesserit, mutaverit voluntatem *l. 2. § 2. & naturalem. l. 12. & l. 15. D. de precario.* Quod ergo Plautus ait *Trinum. scen. ult.* Beneficium homini proprium quod datur, prosumpserit, Quod datum utendum est, id repetendi copia est, quando velis: id de precario quidem simpliciter & absolutè verum est: at de commodato, finito demum usu. 2. Differunt quod in precario dolus tantum & culpa latior præstetur, in commodato & culpa & diligentia. 3. Quod precarium finitur morte ejus qui precariò rogavit, nec ad heredes transit. Quod in commodato secus est. 4. Precarium per interdictum revocatur: De commodato ultrò citroq; est actio civilis: vide plures differentias apud Cujac. *lib. 23. obs. c. 21. & ad tit. C. de precar.*

Ex his differentijs etsi facilè intelligitur natura hujus contractus, & quomodo & ad quid sibi invicem contrahentes obligentur, quæ item actiones inde nascantur: tamen de ijs breviter iterum admoneamus. Quanquam autem commodatum plerumque, solam utilitatem continet ejus cui commodatur, & propterea is maxime obligetur:tamen & is, qui utendum dedit ad quædam obligatur. Et commodatarius quidem ante omnia tenetur rem ipsam, quam accepit, restituere, *ut hic*, & quidem non deterioratam *l.3.§.1.D. cōmod.* Si deteriorata sit, non solum commodati, sed etiam legis Aquiliæ actio est *l.18.§.1.D. cōmod.* Quòd si res vel non extat, vel non appareat, vel subrepta sit ab ipso domino, inscio cōmodatario, condemnatur ad æstimationem rei: ita tamen ut caveat dominus de re reperta ipsi præstanda. *l.13.is qui commodatum & l.21.rem mihi.D.d.t.* Nam dominus qui litis æstimationem accepit, dominium ejus transtulit. *l.5.§.1.l.17.§.ult. D.d.t.* Non potest autem commodatarius restitutionem rei commodatæ recusare vel prætextu debiti, vel quod dicat, rem nō esse commodantis propriam *Reform. Norib. tit.14. l.3.* Deinde commodatarius non modò dolum (qui ne præstetur, pactio rata non est. *l.17. in commodato. in pr.D.commod*) & latam ac levem culpā, sed etiam levissimam præstare debet, id est, custodiam & diligentiam exactam, *ut hic* Imp. ait, imò exactissimam, ut Cajus *d.l.1.§.4. & ille quidem. D. de Obl. & act.* & qualem quisque diligentiss. paterfam. suis rebus adhibet, ut idem Cajus *l.18. in reb in pr. D. commodati.* & diligentiam exactiorem præstabit quàm in suis rebus adhiberet *l.3. D. de pericul. & commod* Et quidem etiam in ea re, quæ commodatam sequitur *l.5.§.usq; adeò.D.commod.* Ratio est, quia ut d. est, commodatū fit commodatarij tantum gratia. Est autem regula juris, In contractibus qui utriusq; gratia fiunt, dolum & latam ac levem culpam præstandam esse: In ijs, qui unius tantum gratia fiunt, si dantis, ut in deposito, dolum tantum, & latam culpam. (Excipitur mandatum, quod etiamsi mandantis gratia plerumq; fiat, omnis tamen culpa præstanda est. *l.13. à procuratore & l.21. in re mandata. C.Mand.*) Si accipientis, ut in commodato, & dolum & omnem culpam. Excipitur precarium, in quo item dolus tantum præstatur *l. 23. D. de R I. l.5.§.2. nunc videndum. D. commod. l.108. Si servus. §.12. cum quid. D. de legit. 1.* Hinc sequitur, si commodatum utriusque causa fiat, dolum & culpam præstandam esse. Exemplum est *in d l.18. vers. at si utriusq. vid. Reform. Nominib. tit.14. l.2.* Sin commodantis tantum causa, ut si quis sponsa suæ vel uxori commodarit, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus tantum præstabitur *d.l.5.§.10. interdum. l.12. in pr. D.d.t.* Idem est, si ita convenerit, ut dolus tantum præstetur. Propter casus tamen fortuitos sive vim majorem commodatarius non tenetur, *ut hic & l.5. §. quod verò. l.18. in rebus & l.10. in pr. l.19. ad eos. D. commod. Ref. Nor. tit.14. l.1.* Nam quæ fortuitis casibus accidunt, nullo bonæ fidei judicio præstantur. *l. 6. C. de pign. act. & dixi supra initio huius tit.* Excipiuntur hi casus: I. Si casum præcedat culpa: cujus rei exemplum hîc affertur *& d.l.1.D. de ob. & act. & in d.l.5.§.4. quod verò & §.7. sed interdum & d. l.18. D. commod. Reformat. Norimb. d. tit.14. l.1.*

Quò & is casus pertinet, si cum posset commodatarius res commodatas salvas facere, suas prætulerit. *d. l. 5. §.4. quod vero. Paulus. lib. 2. titul. 4.* Non enim

enim salua fide minorem ijs quàm suis rebus diligentiam præstabit, ut in simili ait. *l. 32. Quod Nerva. D. depos.* cum exactiorem etiam adhibere teneatur rebus commodatis quàm suis. *Reform. Norimb. tit. 14. l. 1. & sup. dict.* II. Si res æstimata detur, omne periculum præstandum est, *d. l. 5. §. 3. etsi forte. D. d. t.* Idem & in dote æstimata, *l. 10. plerumque. D. de ju. dot.* III. Si ita convenerit, ut periculum & casus ad commodatarium pertineret *l. 1. C. commod.* Est enim hæc generale in omnibus contractibus, ut tale pactum valeat. *l. 23. D. de R. I.* Ad periculum pertinet & hæc quæstio, Si is qui rem commodatam domino referre debuit, aufugerit, eámve perdiderit, cui res pereat? De qua observanda est distinctio tradita *in l. 12. §. 1. & l. 20. argentum. D. commod.*

Dixi ad quid obligetur commodatarius: contra quem hoc nomine datur actio commodati directa, *ut hic in pr.* quæ & principalis actio dicitur *in l. 17. §. 1. & rectum judicium. l. 18. §. ult. D. h. t.* Et quidem non nisi post expletum usum datur. *c. unico. ext. de commodato. arg. d. l. 17.* Nunc quoniam mutuæ sunt præstationes & actiones, *l. 17. §. 3. sicut. d. t.* videndum breviter etiam ad quid commodans obligetur. Is ergo ante omnia tenetur de dolo, v. g. Si sciens servum furacem, ignoranti tigna vitiosa ad fulciendam insulam, aut vasa vitiosa commodaverit, ex quibus effusum vel in quibus corruptum sit vinum vel oleum. *d. l. 17. §. 3. sicut in fi. & l. 18. §. 3 item qui sciens. l. pen. D. d. t.* Adjuvari enim nos, non decipi beneficio oportet. *d. l. 17. & c. un. in fi. ext. de commodato.* II. obligatur commodans ad rem relinquendam commodatorio donec usus, ad quem concessa est, fuerit impletus. Intempestivè auferre non potest. *d. l. 17. & Reformat. Norimb. tit. 14. l. 3.* alioqui tenetur ad id quod interest commodatarij. III. obligatur ad omnes impensas & sumptus necessarios in rem commodatam factos, restituendos. Paulus *2. sent. tit. 4.* Excipiuntur modica impendia & cibaria, hæc enim ad commodatarium pertinent. *l. 17. §. pen. D. d. t.* naturali ratione inquit Gajus, quia secundum naturam est, ut qui commodum sentit, etiam sentiat onus. *l. 10. D. de R. I.* Ideoq; improbè intenderet commodatarius exactionem cibariorum, ut ait Modestin. *lib. Lex. Dei tit. 10.* Et ad hæc consequendum datur commodatario contraria cõmodati actio: quæ interdum etiam utilis est. *d. l. 17. §. 1. & §. 3. in fi. vers. ex quibus causis. l. 18. §. ult. l. 21. rem mihi. in pr. fi. D. commodati.* Et hæc actio contraria interdum est necessaria, interdum non est, sed dum directa actione commodatarius convenitur, potest jure compensationis uti. *d. l. 18. § ult.* Dices, compensationem non posse objici actioni commodati. *l. ult. C. d. t.* Resp. eam legem esse intelligendam de debito ex alia causa. Quanquam *ibi ad sent. Pauli lib. 2. tit. 12. lib. 9. obser. c. 37.* Cujac. pro commodati legend. ait commendati, id est, depositi. Et sanè sæpè legitur corruptè commendati, ubi commodati erat legendum & contra. *ut tit. 10. in lib. Lex Dei.*

De actionibus his tantum addendum, eas & hæredibus & in hæredes dari. Sunt enim in personam & rei persecutoriæ. *l. 3. §. 3. hæres. & l. 17. §. 2. Si ex facto. D. commod. l. 3. C. eod.* Est & hoc notandum sæpè cum actione commodati alias quoque concurrere, *ut l. 5. §. 8. quinimo. & l. 14. l. 18. §. 1. D. commod.* qui locus de concurrentibus actionibus latè patet in toto jure: deque ijs librum singularem scri-

pit Paul. ut apparet ex inscript. l.54. ... D. ... & ex indice ... Et ne ea re explicari solet ad l.43. ... §.1. l.19. ... 3. D. de R.I.

Ad §. Præterea.

Depositum IV est contractus qui re fit: de quo agitur *in tit. D. & C. depositi Paul. lib.2. sent. tit.12. & in frag. vet. IC. tit.* ... Ulpian. depositum ait esse, quod alicui custodiendum datum est: & præpositionem De augere positum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet. *l. 1. D. d.t. Paul. lus. d. loco in frag.* dictum vult, q. diu positum. Sic & Isidorus *lib.5.c.25.* ab eoque distinguit servandum, quasi hoc ad breve tempus custodiendum detur. Sic servandum aliquid dare *Ulp. l.1. §.8. si vestimenta D. depositi.* & conducere ait Julian. *l.19. ad eos. D. commod.*

Dicitur interdum etiam commendatum, ut notavit Cujac. ad Paul. *d. l. 2. tit.12. l.186. D. de V.S. l.24. Lucius. D. depos. l.6 & 9 C. depositi.* Est etiam species depositi, cum quid apud sequestrum deponitur, quod sequestrare vulgò dicitur. De quo est *l.5. §.1. & 2. l.6. propriè. l.12. §.2. cum sequestre. & l.17. licet. & l.pen. deposi. l. l.9. §.3. Labeo. D. de dolo malo. l.110. D. de V.S. l.39. interesse. D. de acquir. poss.* Sed sequestratio est tantum rei litigiosæ, quæ in controversiã deducitur, de qua eleganter Plautus in Vidularia, citante Nonio & Prisciano *lib. 6.* Vidulum hîc apponite: Ego servabo q. sequestro detis; neutri reddibo, donicum res dijudicata hæc erit. Et idem Plautus apud Priscian. *lib.10.* Nunc ut apud sequestrum vidulum posuimus. Eleganter Tertull. *lib. de patient.* Satis idoneus patientiæ sequester est Deus. Si injuriam deposueris penes eum, Ultor est. Solebat autem non tantum apud privatos, verum etiam in æde sacra, alióve publico loco res deponi. *arg. l.1. §.37. apud Iulian. D. d.t.* Græci παρακαταθήκην Germani Verlag oder Niderlage vocant. Item hinderlegte Güter. Porrò quid depositum à commodato differat, satis vel ex eo intelligitur, quod dictum est *ex l.1. D. d.t.* Depositum esse quod custodiendum alicui datum est, cum commodatum sit quod utendum datum est. In hoc g. usus rei vertatur: in illo custodia tantum atq; asservatio. Nam si depositarius re invito domino utatur, furtum facit. *l.29 si sacculum. D. depos. l. 3. C. eod. l.16. qui furtum. D. de cond. furtiva.* nisi convenerit, ut uteretur, *l. 1. §. 24. si pecunia D. d.t.* Quo casu ad usuras tenetur. *d. l.29. §.1. l.4. C. depositi.* Ex quo intelligitur, Depositum regulariter fieri tantum deponentis gratia; cum in commodato vertetur utilitas accipientis tantum *ut sup. d.* Differunt hæc 2. etiam in eo, quod commodari possunt etiam res immobiles: *ut sup. dict. ex l.1. D. commod.* Sed deponi tantum mobiles. *Oldendorp. Class. 4. act. 23.* Præterea in eo, quòd in deposito præstatur tantum dolus: in commodato etiam omnis culpa & diligentia. Plures differentias collegit Modestinus *d.t. 10. lib. Lex Dei: lib. 2. differentiarum, & Hotom. ad rubric. D. depos.* ex quo etiam est *l.23. actione. D. depositi.* A mutuo quomodo differat per se manifestum est. Est ergo depositum contractus rei initus, quo res alteri traditur custodienda gratis, ut ea ipsa res cum reposcetur bona fide reddatur. Contractum hic accipe strictè pro synallagmate, ex quo videlicet utrinq; oritur obligatio. Nam non modò depositarius ei qui deposuit,

sed

sed etiam hic illi vicissim obligatur, ut inf. cognoscetur. Dixi, re initus, id est, ipsa depositione vel traditione rei. Nam si convenerit tantum ut res deponeretur, nec tamen tradita fuerit, nondum erit depositum. Dixi, Res, scil. mobilis, Et intellige sive ea sit deponentis, sive alterius, modò ne sit ipsius depositarij.

Non tantum enim propria, sed & aliena res deponi potest, etiam à prædone & fure & latrone. *l.1.§.39. si prædo. & l.16. si is apud quem. l.31. bona fides. §.1. D. h.t.* & servus quoque deponere potest rem domini. *l.1.§.27. non solum. & §§. seqq. l.11. quod servus. D. depos.* Sed res sua apud aliquem deponi non potest, ut is inde obligetur. *l.15. qui rem suam D. depos.* ut neque pignus neq; precarium, neq; emptio neq; locatio rei suæ consistere potest. *l.45. neque pignus. D. de R. I.* Quæritur de rei depositæ accessionibus, an & illæ depositæ censeantur (ut homo vestitus, equus capistratus si deponatur) Id negat *l.1.§.5. quæ depositis. D. d. t.* Hotom. tamen distinguendum putat, inter eam accessionem, quæ sit rei depositæ pars, & eam quæ non sit pars: ut illa censeatur simul deposita, & de ea competat directa depositi actio: hæc non item, de qua tamen utilis depositi actio datur. Dixi custodienda datur, hic enim est finis hujus contractus. Nam rei dominium non transfertur. *l.17.§.1. D. depos.* imò ne possessio quidem. Sed hoc in isto contractu potiss. ac præcipuum est, ut res custodiatur & servetur. *l.1. in pr. D. d. t.* In quo cum deponentis tantum utilitas vertatur, nulla autem ejus, apud quem deponitur, intelligimus hunc contractum fieri dantis solius causa regulariter. *l.1.§.5. Is quoque apud quem. D. de O. & A. l.5.§.2 nunc videndum. D. commod.* Quæ causa est cur dolum tantum præstare debeat, ut inf. dicam. Notandum tamen est, aliter hic accipiendum est custodiæ verbum quàm sup. in commodato. *l.5.§.5. custodiam. D. commod.* & quàm solet cum de periculo & commodo rei vend. agitur *l.2.§.1. & l.3. D. de peric. & commod.* Deponi autem potest non tantum apud liberos homines, & sui juris, unum vel plures *l.1.§.43. si apud duos*: sed etiam apud servum & filium fam. *l.1.§.42. filiumfam. l.21. Si apud filiumf. D. depos.* Et pater tenetur de peculio. Addidi, Gratis. Nam & depositum gratuitum est. Si ergo merces intervenerit, erit locatio. *l.1 §.8 si vestimenta. & §. seq. D. depositi.* Dixi, ut ea ipsa res restituatur. In eo enim similis est hic contractus cõmodato, ut & pignori. *ut hic, & §. seq.* & quidem res non deterior restitui debet, alioqui re non videtur restituta. *l.1.§.16. Si res. D. depos. l.3.§.1. commod.* Potest tamen conveniri, ut non idem, sed tantundem reddatur: sed egreditur ea res notissimos depositi terminos *l.24. Lucius. & l.25.§.1. D. depos.* Dixi denique, cum res reposcetur. Potest enim depositum statim repeti, in quo cum precario convenit, ut sup. d. & qui reposcenti rem non reddit, dolo facit. *l.1.§.21. est autem. D. depos.* Qua de re pluribus inf. cum de actione depositi agetur. Ex hac definitione ejusq; explicatione utrumque intelligi potest, & quæ sit hujus contractus natura, & ad quid depositarius obligetur. Dictum est enim teneri eum de dolo tantum, si quid inquam dolo cõmiserit. *ut hic & l.16. in fi. D. de cond. furt.* Ratio dict. sup. Dolum cum dicimus in contractibus præstari, semper etiam lata culpa sive magna & dissoluta negligentia intelligenda est, nam & ea in doli crimen cadit. *l.1.§.5. is quoque apud quem D. de O. & A. l.32. quod Nerva. D. depos.*

Nec

Nec valet conventio, ne dolus præstetur in deposito, ut quæ sit contra bonam fidem contraque bonos mores, & invitat ad delinquendum. *l.1. §.7. illud. D. depos.* ut neque in commodato. *l.17 in pr. D. commodati.* & generaliter in omnibus contractibus & pactis hoc verum est, *l.27. si unus. §.3. illud. & §. pacta quæ turpem. D. de pact. l.26. generaliter. & l.123. si flagitij. D. de V.O. l.23. vers. excepto eo. de R.I.* Non tenetur igitur de levi & levissima culpa, sive desidiæ & negligentiæ nomine, ut hîc dicitur, ubi & ratio redditur: Quia sibi & suæ facilitati imputare & de se conqueri debet, qui amico negligenti rem suam custodiendam commisit. Quod idem & de illo dicitur qui socium sibi adsumpsit parum diligentem. *§. ult. in fin. inf. de societate. fac. l.23. §. ult. D. de minorib.* Damnum enim quod quis sua culpa sentit, sibi debet non aliis imputare. *c.86. damnum. de R.I. in 6.* & sentire non videtur. Multo minus igitur casus fortuiti & periculum atque interitus rei ad depositarium pertinent, sed is hoc nomine securus est. *l.41. §.1. & l. 20. si sine. D. depos. l.1. C. eod.* Sunt tamen aliquot casus, quibus etiam hæc præstantur, quos ferè ex jure civili enumerat Pontifex *in c. ult. ext. de deposito.* ut I. Si cōvenerit, ut præstentur *l.1. §.6. si communit. & §.35. sæpè D. depos. l.1. C eod. l.5. §.2.* D. *commod. l.7. §. 15. sed & si quis.* D. *de pact. l.2. §.24. si in re depos.* D. *vi bon rapt.*

Contractus enim ex conventione legem accipiunt, & lex contractus servanda est, *ut & sup. dixi. d. l.1. §.6. l.24. in fi. depos. l.23.* D. *de R.I. c.85. eod. in 6.* II. Si depositarius pretium depositionis, non tamen q. mercedem (tunc enim locatio esset) sed q. honorarium acceperit, jam quia utriusque utilitas versatur, etiam levem culpam præstat. *d. l. 5. §. nunc videndum.* D. *commod. d. l. 2. §.24.* D. *vi bon. rapt.* III. Si quis ultrò se obtulerit deposito, dolum, culpam & custodiam præstat: non tamen casus fortuitos *d. l.1. §.35. sæpè.* D. *depos.* IV. Si depositarij tantum gratia factum sit. *l.12. si in Asia. §. ult.* D. *deposit. ut in l.4.* D. *de reb. cred.* V. Si moram depositarius fecit in restituendo. Deinde tenetur depositarius ad restituendam rem ipsam, & quidem non in loco contractus semper, sed vel ubi convenit ut restitueretur, vel ubi sine dolo ipsius res invenitur. *l.12. §.1.* D. *depos.* ejusque fructus & partus & omnem causam. *l.1. §.23. hanc actionem. & §. seq.* D. *depos.* Usuræ quoque, sed post moram demum, debentur, & in cæteris bonæ fidei judiciis. *l.2. C. depos. l.24. Lucius. in fi. l.28. Q. Cæcilius. & l.29. §.1.* D. *eod. Paulus lib.2. sent. tit.12. §. in judicio.*

Quòd si rem non restituat, vel quia nolit, vel quia non possit, ut quia dolo desiit possidere, juratur contra eum in litem. *l.1. §.26. in depositi.* D. *depos.* ut & in aliis bonæ fidei judiciis. *l.5.* D. *de in litem jur.* Sed cui restituenda res sit, eine qui deposuit, an alij, interdum incidit dubitatio: de qua *in l.1. §.30. si servus. l.14. quod servus l.31. bona fides.* D. *depos.* Sunt etiam casus quidam, quibus redditio depositi probabiliter recusatur: quales sex enumerantur *in Reformat. Norimberg. tit.15. l.3.* Videamus nunc, ad quid vicissim is qui deposuit obligetur. Is ergo tenetur I. ad impendia & sumptus & cibaria reddenda, quæ in re deposita fecit depositarius *l.5. l.12. si in Asia. & l.23. actione.* D. *d.t.* II. præstare tenetur damnum, quod ex re deposita depositarius accepit: ut si servus depositus furtum ipsi fecerit

l.31.

l.31.si servus.D de pign.act. Debet enim eum indemnem præstare: cum nemini officium suum oporteat esse damnosum. *l.7. D. Testam. quemad. aper.* Depositum autem officij causa fit, & utilitatis causa ejus qui deposuit.

De actionibus breviter sciendum, deponenti contra depositarium dari actionem depositi directam seu principalem, ad ea quæ sup. dixi præstanda. Ea si sit adversus sequestrem, dicitur cum adjectione actio depositi sequestria. *d.l.12. §.2.D. depos. l.9.§.3. Labeo. D. de dolo malo.* Adeò autem res in hac actione restituenda est, ut infamiæ periculo ad id aliquis urgeatur. *l.10.qui depositum.C d.t.& tit.10.in frag.vett.IC.* Et ut compensatio huic actioni objici non possit, nec prætextu debiti depositum retineri. *§.in bonæ.in fi.inf.de action.l.pen.C.depos. d.c.ult. ext.de depos. Paul.lib.2.sent.tit.12.§.ult.* nec audiatur depositarius, si fortè dicat, deponentem non esse dominum. *Reform. Norimb. tit.15.l.2.* Et ut adversus non restituentem jurari possit in litem, Et denique ut depositi ratio habeatur etiam ante privilegia. *l.7.§.2.quotiens.cum l.8.D.depos.*

Datur autem hæc actio de vulgari quidem deposito in simplum: de eo vero, quod factum est metu imminentis periculi, v.g. incendij, ruinæ, naufragij, tumultus causa, in duplum ex inficiatione *l.1.§.1.& seqq.D.depos. §. in duplum. & §.sed furti inf.de action.* Ubi & R. Different. Quia illud ex voluntate, hoc ex necessitate descendit, ideoq; cum hîc crescat perfidiæ crimen, gravius etiam vindicatur, publicæ utilitatis causa. Quæ eadem ratio est, cur gravius etiam puniatur qui ex incendio, ruina, naufragio aliquid rapuit, quàm vulgaris fur *l. 1. & tot.tit.D.de incend.ruina.naufrag. vide Reformat,Norimberg.tit.15.l.5.* ubi etiam pœna arbitraria à magistratu punitur depositarius talis. Et hæc de actione depositi directa. Contraria datur ei, qui depositum suscepit: Idque ut indemniti ipsius consulatur. *ut sup.d.l.5.in pr.& l.23.D.depos.* Ergo ex hac condemnatus non fit infamis, non enim hîc de fide rupta, sed de calculo & indemnitate agitur *l.6.furti.§.ult.D.de his qui not. infam.* Unde nec in litem hîc juratur. *d.l.5.* Dantur autem hæ actiones & hæredibus & in hæredes. *l.49.ex contractib. D. de ob.& act.l.1.§.1.l 14.18.& 22.D. depos.l. ult. C.eod.*

Ad §. ult. Creditor quoque.

V. Contractus qui re fit est pignus. Cum autem priores contractus omnes sint principales ac per se subsistant, pignus est accessorius. *l. 5. D. de pign.* ut & fidejussio & constitutum & arrharum datio. Hæc enim sine principali debito non subsistunt. Huc autem pertinent *tit.D.& C.de pignorat.act. & tituli. D. & C. de pignor.& hypothec. cum multis seqq.* Pignus (German. ein Pfandt) à Græcis dicitur hypotheca & ἐνέχυρον. Sed Latini, qui & ipsi Græcum nomen usurpârunt & q. suum fecerunt, inter hæc 2. distinxerunt. Cum enim pignus duobus modis contrahatur, vel traditione, vel nuda conventione & consensu, etiamsi traditum non fit. *§.item Serviana.inf.de action.l.1.in pr.& l. 9. si rem. §. 2. propriè. D. de pign.act.l.4.& l.13.grege §.3.& in superficiariis.D.de pignor.l.4.D. de fid. instrum.l. 17.§.de pignore.D.de pact.* Prius quidem propriè pignus appellârunt, & inter-

tur debitori. Nec obstat *l.2.C.quæ res pignori obligari poss.* Ubi pignus consensu contrahi dicitur. Nam in omni contractu & obligatione consensus est necessarius. *l.57.in omnib.D de ob.& act.* Sed non in omnibus sufficit nudus consensus, ut & sup.d. Cum autem pignus sit συνάλλαγμα, videamus breviter tum de obligatione utriusq; & creditoris & debitoris: tum de actionib. quæ inde oriuntur. Nā omnia quæ de pignorib. dici possunt, hîc explicari nec possunt nec debent: V.g. quæ res pignori dari possint, à quibus. Qui potiores in pign. de pactis pign. De distr. pig. de jure dom. impetr. De modis solvēdi pignoris, &c. quæ omnia ut difficiliora & prolixiora ex D.& C. petenda sunt. Et creditor quidē debitori tenetur de dolo, & lata ac levi culpa. *ut hîc l.13.si cum venderet.§.ult.& l.seq.* Ea quæ diligens paterfamilias in suis reb. præstare solet, à creditore exiguntur *l.25.si servos. D.de pign.act.l.7.creditor.C.eod.l.19.C.de pignor.Reform.Norimb.l.1.tit.20.* Levissima culpa à creditore non præstatur: quod tamen velle videtur *l.13.si cum venderet.§.1.D.de pign.act.* dum ait, venire in hanc actionem & dolum & culpam, ut in cōmodato. Certum est a. in cōmodato exactissimā diligentiā & culpā leviss. præstandā esse: ut sup. docui. Sed rectè accipienda est *d.l.13.* ne cū aliis pugnet, & culpa hîc tantum latā ac levē non etiam levissimā complectitur. De casibus quoq; fortuitis & vi majore non tenetur. *d.l.19.C.de pignor.* quia in nullo bonæ fidei judicio illi præstātur. *l.6.quæ fortuitis.C.de pignor.act.* Si ergo res pignori data perierit sine culpa creditoris, ad debitorē tanquam dominium pertinet periculū: nec impeditur propterea creditor creditū petere, *ut hic in fi.§.& l.5.d.l.6.l.8.& l.9.C.de pign.act.l.25.servo.C.de pignor.Refor.Norimb.d.l.1.tit.20.* Nisi aliter inter contrahentes placuerit. *d.l.6.* probatio autem casus fortuiti & damni fatalis incumbit creditori. *d.l.1.tit.20.Refor.Norimb.* Sed hîc observandum est, creditorem in pignore prætorio dolum tantū præstare. *Oldendorp.class.3.act.12.* Sciendum est n. aliud esse pignus conventionale, aliud prætorium, aliud testamentarium. *l.non est mirum.D.de pig.act.l.ult.C.de nat.pign.* Deinde obligatur creditor ad rem debitori restituendam pignore liberato. *Refor.Norimb.tit.20.l.2.* Liberatur pignus vel solutione integri debiti, vel satisfactione. *l.9.§.omnis.D.de pign.act.* nam & satisfactio pro solutione est. *l.52.D.de solut.* Quanquā creditor non cogitur satisfactionē pro solutione admittere. *l.5.& l.6.item liberatur.D.quib.mod.pign.solv.l.9.si rem §.omnis pecunia.l.10.D.de pig.act.* Est a. hic insignis effectus solutionis, ut non tantum principalem obligationē, sed etiam accessiones, ut adpromissores, id est, fidejussores hypothecas & pignora liberet. *l.43.in omnib.D.de solut.* Qua de re *inf.ad tit.ult.h.lib.* Et cum pignus datum sit propter securitatē crediti, eo soluto & sublata, sine causa jam res mea apud alium esse incipit. Cessante n. causa cessat jus. Idem est, si pignus porrò à creditore pignori datum sit. Qua de re est *tit.in C.& in Refor.Norimb.d.l.2.tit.20.* Neq; v. [illegible] tantum qualē accepit & non deteriorem [illegible] accessi[illegible] reddit, cogitur [illegible] tutes non [illegible] jus est, ut creditor [illegible] ut in vice [illegible] antichresin [illegible] nus: Et vide *Reform.Norimb.l.4.tit.20.*

 Et

Et cum fructus æquaverint sortem, restitui debet pignus. *c. 6. cum contra. ext. de pignoribus*. Præterea si creditor pignus vendiderit, & quidem pluris quàm erat debitum, debitori superfluum (ὑπερόχην) reddere tenetur. *l. 24. eleganter. §. 2. si vendiderit. D. de pign. act. l. ult. C. de distr. pign. l. ult. C. si vend. pign. agn. Paul. 2. sent. 3.* Imò etiam usuras hujus superflui præstare debet, si vel ipse pecunia usus sit, vel eam fœneret, vel moram in reddendo fecerit. *l. 6. §. 1. & l. 7. D. de pign. act.* In omnibus enim bonæ fidei judiciis ex mora debentur usuræ. *l. 2. C. depositi. l. 32. mora. §. 2. in bonæ. D. de usur.* Contra si minoris venditum sit pignus, residui petitio creditori superest. *l. 28. creditor. D. de reb. cred.* Atque ad hæc, & si qua sunt alia, consequendum, datur debitori adversus creditorem actio pigneratitia directa: sicut creditori adversus debitorem datur actio pigneratitia contraria, ad præstanda ea, ad quæ debitor ipsi obligatur: De quibus item paucis prius dicendum est, quàm de actionibus his explicemus. Tenetur igitur debitor creditori ex hoc contractu pignoratitio I. de dolo, si scilicet malitiosè in pignore vel dando vel recipiendo versatus sit, & creditorem deceperit, v. g. si cum æs pignori daret, affirmàrit, hoc aurum esse: si rem alienam aut alteri jam ante obligatam dederit ignoranti, qui etiam in stellionatus crimen incidit (NB. hic concurrentes àctiones, furti, stellionatus) *l. 3. §. 1. D. Stellionatus. l. 1. §. 1. & 2. l. 3. l. 9. in pr. l. 16. tutor. §. 1. l. 36. si quis in pignore. D. de pignor. act. l. 6. C. si aliena res.* Nihil tamen prohibet, quo minus idem pignus eatenus obligari possit aliis, quatenus excedit primi creditoris summam: dummodo id expressè dicatur secundo creditori. *l. 3. tit. 20. Reform. Norimberg.* De re aliena, an invito domino pignori dari possit, difficilis est quæstio, propter ll. de ea in specie pugnantes, *ut l. 22. si Titio. D. de pignorib. & l. 41. rem alienam. D. de pign. act. de quarum conciliatione vide I. In Reformat. Norimberg. l. 5. tit. 20.* simpliciter harum rerum oppigneratio prohibetur. II. Tenetur ad impensas necessarias & utiles à creditore in pignore factas. *l. si necessarias. in pr. l. 25. si servos. D. de pign. act.* Ubi elegans hujus rei limitatio *l. 7. vers. creditor. C. eod. l. 2. in fin. tit. 20. Reform. Norimb.* Huc pertinet, si creditor tributum solverit nomine prædij pignoratitij, quod facere cogitur etiamsi pactus sit cum debitore, ut ipse agnosceret. *l. 4. inter & l. 52. epistola. §. pactus. D. de pact.* Et potest creditor has impensas tàm per retentionem pignoris servare quàm per contrariam pignoratitiam consequi *d. l. 8. arg. l. 18. D. commodati.* III. Obligatur debitor, ut indemnem præstet creditorem, & damna per rem oppigneratam ipsi sarciat. *l. 31. si servus. D. de pign. act.*

Nunc de actionibus pignoratitia directa & pignoratitia contraria quarũ illa debitori, hæc creditori datur. Etsi autem hæc actio pignoratitia plurimum differt ab Hypothecaria seu Q. Serviana: interdùm tamen etiam hypothecaria vocatur à JCtis pignoratitia. Sed accuratè distinguendæ sunt hæ 2. actiones: pignoratitia enim est in personam, ut ex contractu, & civilis: hypothecaria vero est in rem & est prætoria. *§. item Serviana inf. de act. l. 17. pignoris persecutio. D. de pignor. l. 18. C. eod. l. 17. si tibi §. 2. de pignore. D. de pact.*

Deinde pignoratitia datur contra debitorem tantum: at hypothecaria cõtra quemlibet possessorem pignoris. *l. 14. distractis. & l. 24. persecutione. C. de pign*

III. Pigno-

III. Pigneratitia & directa est & contraria: Hypothecaria tantum est directa.

IV. Pigneratitia locum habet pignore tradito, quod propriè est pignus: Hypothecaria de pignore convento. Quamvis interdum etiam de hoc pignoratitia detur, si scil. res postea ad creditorem pervenerit. *l. ult. D. de pign. act. l. fidejussor. 33 D. de neg. t. gest.* Aliæ differentiæ videantur apud Hotom. *ad t. D. de pignor.* Quando pignoratitia exerceri possit, jam supra d. Liberato scilicet pignore, cum vel pecunia omnis (non reproba) soluta est, vel volenti creditori satisfactum est.

Eandem vero vim cum solutione habet etiam oblatio, consignatio & depositio pecuniæ. *l. 9. obsignatione. C. de solut. l. 19. acceptam. C. de usur. l. 20. Creditor. C. de pignor. l. 10. nec creditores & l. ult. C. de pign. act. l. ult. C. de luit. pign.* Interdum tamen pignus soluitur & pignoratitia proponi potest illicò etiam ante solutionem, ut si creditor prostituerit ancillam pignori oppositam, aut aliud quid improbatum facere coëgerit. *l. 24. eleganter. §. ult. D. de pig. act.* Sic ante solutionem competit pignoratitia contra eum, qui pignus accepit quasi daturus pecuniam, nec tamen dedit. *l. 11. solutum. §. 2. si q. daturus D. de pign. act.* Etsi verò non rectè aliàs agitur pignoratitia antequàm solutum sit, potest tamen in judicio offerre pecuniam, atque ita rem pigneratam & quod sua interest consequi *l. 9. si rem alienam. §. ult. d. t.*

Postremò observandum, non excludi pigneratitiam actionem exceptione pacti commissorij. Est enim id reprobatum in pignoribus nec potest convenire creditor cum debitore, ut pecunia ad certum tempus non soluta, pignus sit creditoris, tanquam ipsi commissum (Verstanden/verwircket. pactum Judaicum) *l. ult. C. de pact. pign. c. 7. significante. ext. de pignorib. Covar. 3. var. resol. c. 2.* Sed hoc cõveniri potest, ut nisi pecunia intra certum tempus soluatur, res creditori empta sit justo pretio tunc æstimanda *l. 16. si fundus. §. ult. D. de pignorib.* R. diff. Quia priore pacto læderetur debitor, posteriore non item. Qui eget pecunia & auxilio alterius, facilè etiam durissimas quasque conditiones accipit.

Est & hoc notandum, Juri luendi sive offerendi non præscribi 30. annis, quod tamẽ putavit Accurs. reprehensus ab alijs *ad l. 7. cum apertissimi. C. de præsc. 30. ann. Geil. lib. 2. obs. 18. Borcholtus tract. de usur. cap. 6. nu.*

AD TIT. XV. DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

PRimum genus contractuum qui re fiunt proximè sequitur alterum, contractus scilicet qui fit verbis, qui dicitur Stipulatio: Unde oritur verborũ obligatio, & inde actio duplex, vel condictio certi ex stipulatione, vel actio ex stipulatu. Porrò ad hoc genus contractus omnia ea pertinent, quæ sequuntur usque ad tit. de literarum obligat: Rectè autem & hîc & in D. conceptus est tit. De verborum obligationibus, & non, de verborum obligatione. Etsi enim hodie verborum obligatio tantum uniusmodi est, ex stipulatione scilicet, olim tamen

pluribus ex causis nascebatur: ut ex dictione dotis, qua obligabatur vel ipsa mulier, vel ejus pater, vel ejus debitor (, p qua hodie in usum venit nuda pollicitatio. *l. 6. ad exact. C. de dotis promiss.*) & ex jurejurando liberti, quo is patrono suo operas, domum, munus, promittit dum manumittitur. *teste Cajo lib. 2. tit. 9.* Est & alia species verborum obligationis, qua tenetur is, qui in jure interrogatus respondit: Unde oritur actio interrogatoria, de qua *vid. tit. D. de interrogat. in jur. faci. & interrogat. act.* In C. congruit cum hoc *tit. de contrah. & committ. stip. vide & Cajum d. loco & Paul. lib. 2. tit. 3. & lib. 5. tit. 7.* Ut autem *supr. de pignore dixi*, id esse contractum accessorium: Ita & stipulatio alijs negotijs & obligationibus adminiculatur: per se vero non subsistit, sed ex negotio contracto pendet. *l. 5. §. Conventionales. D. de V. O.* Hoc agitur in stipulationibus ut quis cautior & securior sit interposita stipulatione. Unde omnes natura sui cautionales sunt. *Ulp. l. §. 4. & sciendum.* D. *de stip. prætor. Cujac. parat. C. & ad 5. sent. Paul.* Unde stipulatio cui nulla subest causa, non valet. Obstat enim ex ea petenti exceptio doli. *l. 2. §. 3. circa. D. de do. mali & met. exc.* De verbo stipulationis docet Imp. dictam esse à stipulo, quod stipulum veteres firmum appellaverint. Stipulum autem à stipite, non quolibet, sed figuli. *Cujac. parat. Cod.* Ita & Paul. *d. lib. 5. tit. 7.* quem citat Isidorus *lib. 5. c. 24. in fi.*

Et idem Isid. Jurisperitos laudat *lib. 10. lit. S.* Repudiandæ igitur sunt aliorum Etymologiæ qui vel à stipula deducunt, quam [illegible] contrahentes, ut Isidorus nugatur, & postea iterum junctis partibus sponsiones suas agnoverint, ut proci hodieque cum [illegible] vel à stipe, id est, pecunia, quòd hæc maximè [illegible] in stipulatione (ut [illegible] *Memorabi. lib. vide & Coras. lib. 1. miscel. c. 15. n. 8.* vel à stipando, *ut Varro. 4. de ling. lat.* vel à [illegible] Græco, ut Alciat. *1. Parerg. c. 39. & ad tit. de V. O. nu. 24.* Etsi autem stipulari is propriè dicitur, qui alterum interrogat, illique spondere ac promittere facit. Interdum tamen etiam promissor stipulari dicitur, *ut l. 7. D. de eo quod certo loco. l. 2[illegible]. §. 1[illegible]. Si cat. D. de cond. ind. l. 5. in his. 9. Imp. D. de solut.*

De promittendi quoque verbo sciendum, eo alias stipulationem significari, alias pactum. *§. si scriptum. instr. de inutil. stipul. l. 19. sciendum. §. 1. D. de ædil. ed. l. 123. si flagitij. D. de V. O.* Imò etiam pollicitationem. *l. 1. D. de pollicit.* Stipulatio etiam sponsio dicitur *l. 7. D. de V. S.* De origine stipulationis sciendum, eam esse ex jure civili, vel morib. pop. Rom. vel à JCtis inductam, ut putat Cujac. *ad Paul. & in paratit. l. D. ad l. 5. in fi. D. de just. & jur. §. de cognitata in fi. infr. de action.* Nec obstat *l. 8. §. ult. D. de acceptil.* ubi ait Ulpianus, hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. Omnis autem acceptilatio fit per stipulationem *§. 1. infr. Quib. mod. toll. oblig.* R. Cum à Romanis primo inventa esset & formam accepisset stipulatio, deinde usus ejus ita late patere cœpit, ut etiam ab alijs gentibus, quibus ante ignota erat, usurpata fuerit, & qualibet lingua, non tantum Romana, fieri cœperit. Etsi autem olim maximus erat usus [illegible] omnium contractuum, sæpè etiam pactorum firmandorum [illegible] batur, etiam in sponsalib. & matrimonijs. *l. 2. D. de sponsalib.* Exempla [illegible] apud Plautum: tum quia quædam sunt, quæ jure nostro citra stipulationem [illegible] non

possunt,

possunt, ut fidejussio, novatio, acceptilatio: hodie tamen moribus nostris stipulatio ferè exolevit, & pactis utimur pro stipulationibus: teste Connano *lib. 1. c. 6. in fi. Molin. ad rubr.* D. de V. O. Exemplum stipulationis est illustre in Baptismo. *1. Petr. 3. vide c. 73. prima & c. 95. primum. de consecrat. dist. 4.*

Definitur stipulatio à Pompon. *in l. 5. §. Stipulatio. D. h. t.* Quod sit verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se quod interrogatus est responderit. Eodem ferè modo Paulus, ad quam quis congruè interrogatus respondit *d. lib. 2. tit. 3.* Et dicitur verborum conceptio etiam *in l. 19. cum patrem. C. de jur. dot.* Hinc intelligimus, Stipulationem non posse confici nutu, sed verbis, & quidem utroque loquente. *l. 1. in pr.* D. *h. t. &* necessariam esse interrogationem & responsionem, *ut hic in pr. & l. 1. §. 7. verbis. l. 52. obligamur. §. 2. D. de O. & act. l. 1. C. de usur.* Eaque inter se congruere debere, ne de cepis interrogatus respondeat de allijs, ut dici solet, alioqui inutilis erit stipulatio. *§. præterea. infr. de inut. stipul.* Congruenter ad interrogata respondendum est, ut ait *Imp. in §. 1. infr.* Nec obstat quod dicitur, stipulationes ex consensu contrahentium valere. *§. post mortem vers. sed cum. infr. de inut. stip l 137. continuus. §. 1. D. h. t.* Non enim ideo stipulatio est contractus, qui consensu fit, ut & supra de pignore dictum. Stipulatio quæ verbis fit nisi consensum habeat, nulla est. *l. 1. §. pen. D. de pactis.* Hinc etiam fit, ut inter absentes, inter infantes, item inter mutum & surdum stipulatio contrahi non possit. *§. mutum & §. item verborum. infr. de inut. stipul. d. l. 1. in pr. D. h. t. l. 1. §. pen. & ult.* D. *de obl. & act. l. 3. C. de inutil. stip.* Et in hac re defert stipulatio à pollicitatione, in qua non præcedit interrogatio: sed est solius offerentis promissum. *l. 3. ff. de pollicit.* Verborum autem conceptio olim quidem erat sollennis & directa, & præcisè eodem verbo promittendum erat, quo quis rogatus erat, *ut hic §. 1. Imp. docet.* Sed leo Imp. tandem istam verborum sollennitatem sustulit, & constituit, ut quælibet verba sufficerent, modò illis consonans intellectus utrinq; exprimeretur. *l. 10. C. de contrah. & cōmit. stip.* Non tàm enim verborum sollennitas quàm voluntas & consensus contrahentiū spectari debet, ut & testatorū *l. 15. Quoniam. C. de testam. l. 2. C cōmun. de leg.* Putat tamen Cujac. *hic in Notis*, exprimendum hoc esse, quod res ita geratur stipulationis contrahendæ gratia. *arg. l. 2. D. de novat.* Et idem *ad Sent. Pauli lib. 2. tit. 22. in fi. ait.* Animo & conclusione tractat⁹ discerni pactū à stipulatione. Illud aūt etiam ante Leonis tēpora à JC. receptum fuit, ut stipulatio qualibet lingua fieri posset, quam modò contrahentes vel per se vel interpretem verum intelligerent, *ut hic §. 1. vers. utrum autem l. 1. §. ult.* D. *h. t. l. 8. in fi.* D. *de acceptilatione.* Dub. T. C. esse poterat, cur Romana tantum lingua, & non alia stipulatio fieri deberet, quod civilia civili tantum lingua peragi deberent: ut olim etiam in legatis & tutorū datione adeoq; in toto testamento receptum esset, *ut sup. d. ad lib. 2.* Sed quia stipulatio omnibus contractib. confirmandis adhibetur, quorum max. pars ex jure gentiū fluxit, ut & pacta sunt juris gentium. *l. 5. D. de just. & jur. l. 7. ff. de pact.* hinc factū, ut & stipulatio cuj⁹ cunq; gentis lingua necessario perficeretur. Porrò in definitione dictū est, Aliquē respondere, se daturū facturumve. Stipulationes. n. vel in dando vel in faciendo consistunt, *l. 2. & seqq.* D. *de V. O.* sive quod idem est, in sti-

in stipulatum deduci possunt vel res, vel facta: *ut supr.* §. *ult. h. t.* Et factum comprehendit etiam non factum. In dando consistit stipulatio, v. g. centum aureos dare spondes. In faciendo: ut insulam mihi ædificare spondes, vacuam possessionem mihi tradere. In non faciendo, ut per te non fieri quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat: quo minus mihi habere liceat. Justinianus addit etiā mixtum genus stipulationis ex dando & faciendo. *l.* 13. *veteris. C. de contrah. & commit. stip.* Sed mixta sub simplicib. contineri solent. *arg.* §. *omnium &* §. *quadam. infr. de act. l.* 25. § *petitio. D. de hered pet. l.* 7. *C. eod.*

Erat autem olim differentia inter stipulationes, quæ in dando, & eas quæ in faciendo consistunt. Illæ enim ad heredes transibant: istæ non item. Quod discrimen sustulit Justinianus *d. l.* 13. *& l. ult. C. d. t.* Illa tamen differentia inter hæc manet, quod non possumus uni heredum acquirere id quod stipulamur dari, sed id quod stipulamur fieri possumus. *l.* 137. *Continuus.* §. *ult. ff. h. t.* R. Diff. quia facta sunt personalia: jura non item, sed realia, & ex lege 12. tab. inter heredes dividuntur. Manet etiam hæc differentia, quod in stipulationibus dandi præcisè ipsa res solvenda est quæ debetur: In faciendi si non fiat quod promissum est, præstatur id quod interest, *qua de re infr. ad* §. *ult. h. t.*

Cum autem id quod in stipulatum deducitur vel certum sit vel incertum, duplex inde nascitur actio; quarum una certi condictio dicitur, altera actio ex stipulatu, *ut hic in pr. & l.* 24. *si quis certum. ff. de reb. cred.* interdum etiam plenius, actio incerti ex stipulatu *l.* 4. *ff. de usur.* Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit. Incertum cum id non apparet. Quid certum sit, quid incertum, explicatur *in l.* 74. *& l. seq. ff. h. t.*

Sed hîc observandum, sæpè actionem ex stipulatu à JCtis nominari etiam ubi certi condictio datur. Nam actio ex stipulatu ibi nihil aliud est quam quæ ex stipulatione nascitur *ut l.* 83. *inter.* §. 6. *Si rem. ff. de V. O. l.* 14. *si pacto. C. de pactis. l. un. C. de rei ux. act.* Quia verò una tantum pars ex hoc contractu obligatur, is scilicet qui promisit, contra eum solum datur actio tàm certi condictio, quàm actio ex stipulatu; non etiam contra stipulantem.

Ad §. *Omnis stipulatio.*

Habuimus jam obiter duas stipulationum divisiones: I. Quòd aliæ sint in dando, aliæ in faciendo: II. Quod alia sit certi, alia incerti: sumptas *ex l.* 2. *& l.* 74. *D. h. t.* Sequitur tertia, qua stipulatio alia fit purè, alia in diem, alia sub conditione. Sed ita omnes contractus dividi possunt. Sunt enim hæc generalia & communia omnium contractuum, quibus vel dies vel conditio adijci potest. *l.* 44. *obligationum ferè. D. de ob. & act. l.* 10. *Creditoris. D. de V. S.* Imò & heredis institutio vel purè fit vel sub conditione: quamvis in diem vel ex die certo fieri non possit. §. *heres & purè. supr. de hered instit.* Et legata alia sunt pura, alia conditionalia. Purè fit stipulatio, quando sine ulla temporis vel conditionis adjectione contrahitur. v. g. 5. Aureos dare spondes? In diem fit stipulatio, cum dies sive tempus adijcitur, quo pecunia solvatur, vel quod promissum est, fiat: ut, 100. aureos proximis Cal. Maijs dare spondes, Domum mihi ædificare proximo anno spondes?

spondes? Denique sub conditione fit stipulatio, cum obligatio differtur in aliquem casum, id est, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, ut, si Imp. vicerit Turcam, si Titius consul factus fuerit, dabis, aut facies hoc vel illud. Inter hæc tria stipulationum genera, quantum intersit breviter videamus, quò pertinet *l. 213. cedere diem. D. de V. S.* Et quidem in stipulatione pura ita jus est, ut præsens sit & obligatio & petitio, ut dies & cesserit & venerit, id est, confestim, statim, continuò agi possit ad præstandum id, quod promissum est. *ut hic & l. 41. cum qui. §. 1. D. de V. O. l. 14. in omnib. D. de R. I.* Sed hoc confestim cum quodam temperamento temporis accipiendum est, nec enim cum sacco creditor venire debet. *l. 105. quod dicimus. D. de solut. §. ult. infr. de inut. stip.* Oportet igitur expectare donec tantum temporis spatium præterierit, quò commodè solvere possit. Et hanc totam rem ad arbitrium Judicis, id est, boni viri remittemus. *l. 137. §. 2. cum ita. D. de V. O.* Nam quod Accurs. hic in verbo confestim ait de ext. diebus *ex l. 21. promissor. §. 1. D. de constit. pec.* id non pertinet ad stipulationem, sed ad constitutum purè factum. Ab eo tamen qui hodie dare promisit statim exigi potest. *l. 118. lib. §. 1 D. h. t.* Interdum tamé pura licet stipulatio ex re ipsa dilationem accipit: item ex adjectione loci, in quem solutio confertur: *l. 73. interdum D. h. t.*

Ex rei ipsius natura, ut dabis mihi fructus qui ex fundo tuo nascentur id quod in utero est: ædificabis mihi domum. Hîc enim tunc incipit esse actio cum per rerum naturam præstari possit. Adjectione loci: ut si quis Noribergæ stipuletur, alterum daturum Francofurti aut Coloniæ. Expectandum enim est tempus, quo commodè illuc pervenire possit quod est, *ut supr. d.* in arbitrio judicis. *§. loca etiam. infr. h. t. l. 2. §. 6. qui ita stipulatus. D. de eo quod certo loco.* Huc pertinet quod interdum etiam miserationis causa differtur exactio, ut fit in cõfessis vel judicatis, quibus quadrimestres dantur induciæ. *l. pen. & ult. de usur. rei jud. l. 31. debitorib. D. de re jud.* Et hæc de jure & effectu stipulationis puræ seu præsentis.

Stipulationis in diem natura & vis hæc est, ut ex ea statim deberi incipiat quod promissum est, & præsens sit obligatio, sive ut dies statim cedat, nondum tamen peti possit, sive ut dies nondum venerit, *ut hic & d. l. 213. D. de V. S. l. 46. centesimis. in pr. D. de V. O.* itemque in legatis in diem relictis. *l. 21. si dies. D. Quando dies legat. ced.* Quare quod ait *Vlp. l. 41. §. 1. vers. verum. D. eod.* diem adjectum efficere ne præsenti die pecunia debeatur, intelligendum est cum effectu, ut scilic. præsenti die sive statim etiam peti possit. Quò pertinet quod idem ait nihil interesse, debitor aliquis nõ sit, an nondum conveniri possit, ut qui in diem vel sub conditione debet. *l. 7. Fulcinius. §. 14. si in diem. D. Quib. ex caus. in poss. eatur.* Nam stipulationis ex die natura hæc est, ut ante diem non exigatur *l. 44. §. 1. D. de ob. & act.* Non tamen idcirco non statim debetur etiamsi exactio & solutio differatur. Adeò enim debitor est is, qui in diem debet, ut ante diem solutum repetere non possit. *l. 10. in diem. D. de condict. indeb.* Quod si præmaturè ante diem agat creditor, malè agit, ut ait *l. unica. in fi. D. Quando dies usufr. leg. ced.* Et per exceptionem submovetur, quasi qui tempore plus petat. *§ si quis agens cum seqq. infr. de act. §. Temporales. infr. de except.* Et hoc quod dixi, ampliatur, ut non modò ante diem,

sed ne illo ipso quidem die peti possit, in quem stipulatio collata est. Et quod de die, idem etiam de hebdomada, mense & anno intelligendum est, ut agi nō possit prius quàm omnes ejus temporis partes elapsæ sint.

Temporis enim adjectio pro reo sive debitore est, & totum id arbitrio ipsius tribui debet, *ut hic, & d. l. 41. cum l. seq. D. h. t. l. 17 cum tempus. D. de R. I.* Cum ergo unusquisque suo juri & favori possit renunciare *l. 29. C. de pact.* potest regulariter is, qui in diem certam debet, etiam ante diem soluere invito quoque creditori. *l. 38. stipulatio ista. §. 16. inter. D. de v. o. l. 70. quod certa die. D. de solut.* Quæ tamen quæstio controversa est, & qui ante diem soluit non habet condictionem indebiti, *ut supr. d.* Sed hic distinguenda est dies certa ab incerta. *d. l. 38. §. inter. d. l. 21. si dies. D. quando dies legat. vel fideic. ced.* Nam incertum tempus condictionem facit *l. 75. dies. D. de cond. & demonstr.* Et proinde in diem incertam promissum ante quàm dies venerit non debetur, & si solvatur repeti potest. *l. 48. qui permisit. D. de cond. ind.*

Ad vers. At Si ita.

Dictum est supra, Interdum puram stipulationem capere dilationem, hic jam docet Imp. interdum stipulationem videri esse in diem, & tamen obligationem esse puram, & quidem perpetuam. Exemplum est in stipulatione annua ad vitam, ut X. aureos annuos quoad vivam dare spondes? Hæc stipulatio etsi in speciem videtur facta in diem tamen qui ita stipulatur, prima decem confestim rectè petit.

Deinde morte stipulatoris ipso jure non finitur oblgatio, sed perpetua est, *ut hic & l. 56. eum qui. §. 4. qui ita. D. de V. O.* Ratio, quia ad tempus deberi non potest, cum obligatio sit juris, & ea quæ sunt juris, sui natura sint perpetua, ut & jus ipsum. Tempus autem cum sit facti, non est modus tollendæ obligationis. *l. 44. obligationum. §. 1. vers. placet. D. de obl. & act.* Si tamen adhuc post mortem stipulatoris heres petat, pacti vel doli mali exceptione submoveri potest, *ut hic & d. l. 56. §. 4. arg. d. l. 44. vers. placet.* Facit enim heres dolo malo dum contra pactū petit. Qui enim ad suam duntaxat vitam stipulatur, hoc egisse videtur, ne heres ejus peteret *d. l. 56.* Quod si quis simpliciter X. annua sibi stipulatus sit, omissa clausula, Quoad vivam, etiam ad hæredem transit, neque obstabit ei exceptio. *l. 16. si Stichum. §. 1. D. h. t.* In dubio enim tàm heredibus quàm sibimetipse stipulator cavere videtur *l. 9. si pactum. D. de probat.* Id enim concessum est *l. 10. avus. D. de pact. dot.* Aliud est in legatis annuis; Ea enim morte legatarij extinguuntur, nec ad heredem transeunt. *d. l. 16. D. de v. o.* R. Diff. Quia talia legata personalia esse videtur, utpote propter alimenta legatarij solius relicta. Deinde quia legata sunt facti, Facta autem personæ cohærent, nec ad heredes transeunt. In stipulatione vero jus continetur. *l. 27. si unus. §. 2. pactus. D. de pact.*

Ad §. Sub conditione.

Exposui quod sit jus stipulationis puræ item stipulationis in diem: Sequitur de jure & effectu stipulationis conditionalis. Nam quid conditio esset & quo-

quotuplex dixi *sup. ad §. heres. & pure de hered. instit.* Ubi & hoc dictum, quasdam esse conditiones in faciendo, quasdam in non faciendo, quę divisio hîc quoque indicatur in verbis si aliquid factum fuerit, vel non fuerit.

Si conditio in faciendo posita sit, res plana est, ut tum stipulatio committatur, cum conditio extitit, id est, cum quid factum fuerit. Stipulatio dicitur committi, cum ex ea agi potest, *Cujac. parat. C. de contr. stip.* Sed si conditio sit in non faciendo, ut si in Capitolium non ascendero, si Romam non ivero, non statim committitur stipulatio, postquam id facere potui & non feci, sed tum demum cum jam certum esse cœpit me amplius non facturum, id est, post mortem. Et hoc est quod ait Imp. perinde erit ac si stipulatus esset cum moreretur sibi dari. Dices, non posse dari mortuo. Resp. Dabitur ergo heredibus ejus. Valet enim hodie & hæc stipulatio: Post mortem dare spondes, &c. *§. post. mortem. infr. de inut. stip.* Cum actiones & ab heredibus & contra heredes incipere possint. tit. C. &c.

Porrò de hac conditione, si in Capitolium ascenderis, quæ in jure celebris est, *vide Duar. lib. 1. cap. 15.* Sed an cautio Mutiana hic locum habebit in conditionibus in non faciendo?

Id est, Poteritne stipulator præstita cautione, se non facturum, statim petere? Et in legatis quidem relictis sub conditione in non faciendo locum eam habere certum est. *l. 7. 18. 73. 106. D. de cond. & demonstr. l. ult. D. de manumis. testam. Cujac. lib. 5. obs. 2.* An autem & in contractibus dubitari potest. Nusquam enim hoc dicitur. Vide Cujac. & Zas. (qui tenet quod non) *ad l. 115. nu. 32. & alios ad l. 115. ita stipulatus. §. 1. D. de v. o.* Effectus g. & jus stipulationis conditionalis est, quod pendente adhuc conditione ante eventum conditionis non debeatur, sed tantum spes sit debitum iri. Conditio enim moratur ac suspendit obligationem; & dies neque cessit neque venit pendente adhuc conditione. *d. l. 213. D. de V. S. & hic.* Quò pertinet, quòd debitum sub conditione si per errorem solvatur, pendente conditione, quæ an impleatur incertum sit, repeti potest. *l. 16. sub conditione. & l. 18. D. de cond. ind.* Ex quo apparet id esse indebitum.

Dices, Atqui is qui sub conditione stipulatus est rectè dicitur creditor etiam pendente conditione. *l. 54. Conditionales de V. S. & l. 42. is cui sub conditione. D. de O. & A.* Si est creditor, quamvis petitio ex ea suspensa sit, tamen præsupponit debitorem & obligationem. Deinde stipulatio conditionalis ex præsenti vires accipere dicitur à Paulo *in l. 26. usufr. D. de stip. serv.*

Tertiò, Stipulatio conditionalis stipulatore ante eventum conditionis mortuo transmittitur ad heredem, *ut hic dicitur & l. 13. Veteris. l. ult. C. eod.* Idemque est juris, etsi promissor pendente conditione moriatur. Nam & hic heredem suum relinquit obligatum. *l. 57. si quis. D. h. t.*

Ex quibus sequi videtur, obligationem hîc statim incipere debere. Resp. stipulatio conditionalis non omninò nihil est, sed similis est fœtui in utero jam concepto. Ut enim hic spes animantis dicitur *in l. 2. D. de mort. in f.* Ita & in hac stipulatione est spes futuræ obligationis & actionis, *ut hic & l. 73. in*

quantitate. §. *1. D. ad l. Falcid. l. 3. C. de donat.* Et ratione hujus ſpei aliquis dicitur creditor, Eademque ſpes ad hæredem tranſmittitur. Aliud eſt jus in legato conditionali. Is enim cui ſub condicione legatum eſt neque. Creditor eſt, neque ſi interea moriatur pendente cōdicione, id ad heredem tranſmittit. *l. 5. D. quando dies leg. ced. l. 1.* §. *14. ſi quis ſub conditione. D. ut leg. cauſ. cav. Theoph. hic & ad* §. *Optionis. ſupr. de legat.* In ſtipulationibus tempus contractus inſpicimus. *l. 78. ſi filiusfam. ff. de V. O.* At in legatis non præſens tempus teſtāmenti, ſed futurum ceſſionis Cujac. R. Diff. eſſe videtur, quia ſtipulatio conditionalis aliquid jam eſt ſaltem ratione ſpei; at legatum conditionale ante eventum conditionis nihil eſt. Illa ergo transmitti poteſt, hoc non poteſt. Ratio rationis, quia legatum eſt facti. Quæ autem ſunt facti ea in momentis conſiſtunt, & tunc demum aliquid ſunt quando fiunt, antea in rerum natura non ſunt *arg. l. 9. opera. D. de op. libert.*

Ad §. *Loca.*

Hic §. jam ſupra eſt expoſitus opportuniore loco cum de ſtipulationis puræ effectu ageremus.

Ad §. *Conditiones.*

Conditio propria eſt quæ in futurum tempus concipitur, Ejusque vis eſt, differre obligationem, ut modò d. Alię ſunt conditiones improprię, quę tantum figuram & colorem habent conditionis, quia ſcilicet per particulam ſi (ut & veræ ac propriæ conditiones) efferuntur, vim tamen ac poteſtatem conditionis non obtinent. Tales ſunt quæ in præteritum vel præſens tempus conferuntur. Ut ſi Cæſar Pompejum vicit: ſi Rex Perſarum vel Tyrannus Turcarum vivit. Per has ſtipulatio non ſuſpenditur, ſed ſtatim aut infirmatur ac perimitur obligatio, ſi ſcilicet vera eſt conditio, aut omninò non differtur, ſi nimirum falſum ſit, *ut hic & l. 37. cum ad præſens cum 2. ſeqq. D. de reb. cred. l. 100. conditio. D. h. t. fac. l. 7.* §. *pen. ff. de contr. empt.*

Itaque ſtipulatio ſub tali conditione revera eſt pura ſicut & illa, quando in futurum quidem confertur conditio, ſed ejusmodi eſt, ut omninò ſit exſtatura *l. 9. ſi pupillus.* §. *1. D. de novat. l. 18. quod ſi ea. D. de cond. ind. quæ ex eod. lib. 47. ad Sab. Vlp. ſumpta eſt.* Rationem ipſe Imp. reddit planè Philoſophicam: de qua plurè diſſerit Cujac. hîc. NB. Alia ſunt certa vel incerta abſolutè & natura, alia nobis, ut præſentia & præterita natura ſemper ſunt certa, quamvis nobis ſint incerta. Futura autem & natura & nobis æquè ſunt incerta propter contingentiam: de quo & Philoſophi ad Ariſtotelem περὶ ἑρμην. *Vide & l. 28. ſed et ſi* §. *ult. D. de jud.*

Ad §. *ult.*

Suprà dictum eſt in ſtipulationibus vel res verſari vel factum ſive, quod idem eſt, ſtipulationes vel in dando vel in faciendo, vel etiam in non faciendo conſiſtere. De ſtipulatione facti conſilium hîc dat Imp. ut in ea adijciatur pœna. Quod & Venulejus JC. antea fecerat. *l. ult. D. de ſtipul. prætor.* Nam niſi factum ſtipulatus etiam pœnam ſtipuletur, difficultas aliqua objicietur ſtipulatori.

Probare

Probare enim cogetur quanti sua intersit, factum esse vel non esse: Quæ probatio difficilis est *d.l.ult.D.de stip.prætor.l.69.si pœnam.in fi.D.de V.O. l. 24. quatenus. & ibi Decius.D.R.I.Bald.l.2.in fi.C.de resc.vend.* Et interdum non jus, sed probatio deficit. *Paulus in l.30.D.de testam.tut.* Cumq; aliâs plus aliâs minus intersit. *l.6.D.de vi & vi arm.l.1.in pr.de acti.empti.l.ult.D.si quis in jus voc.non ier.* Et sæpè ad exiguam summam id deducatur. *d.l.ult.* Ut igitur quis ab hoc onere probandi se relevet, & pro condictione incerti seu actione ex stipulatu habeat condictionem certi: stipulari debet pœnam, qua quantitas stipulationis, quæ alioqui erat in incerto, certa exprimatur. Ut: ædificabisne mihi insulam, & nisi ædificâris, tunc pœnæ nomine centum mihi dare spondes. Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat &c. Judicio sisti, & si nō stiteris &c. Notandus est g. hic locus de usu stipulationum pœnaliū: de quo multæ sunt leges. vide in primis *l.4.§.Cato.l.68.si pœnam. & l.71.cum quid.l.137.continuus.§.pen.D.h.tit.* Et etiam in prætoriis stipulationibus eam interponi solere docet. *l.6.in omnibus D.de stip.prat.* Pœna enim hic succedit in locum ejus quod interest: & id quod alioqui erat incertum, determinat. Unde non amplius hîc quæritur quatenus intersit, sed quātum pœnæ nomine promissum sit. *§.alteri vers.Pœnam.n.inf.de inut.stip.* Quamvis de eo disputent Interpretes, an plus in pœnali stipulatione comprehendi possit, quàm quanti interest. De qua quæstione vide Ferrariens. form. libel. in actione hypothec. Everhard. *in Topic. loco penult.* Notetur & hoc, In obligationibus faciendi si non fiat quod promissum est, venire id quod interest, sive pecuniam. *l.72.stipulationes.vers.Celsus, & ibi Dd.D.h.t.l.13.si quis ab alio.in fi.D.de re jud.l.1.in pr.D.de act.empt.* Item facta omnia esse incerta. *l.75.ubi.§.7.qui id quod.D.h.t.* Incertum etiam esse id quod interest. *d.l.ult.D.si quis in jus voc.* nam & hoc ipsum in facto consistit. *l.quatenus.D.de Reg.jur.*

Ad vers. Itaque si quis & seq.

Hæc sumpta ferè sunt ex *l.137.§.pen.D.h.t.* Nota: Pœnalis stipulatio tantam vim habet, ut etiam eam stipulationem faciat utilem, quæ aliâs est inutilis, ut quæ fit alteri. *§.alteri.inf.de inut.stip.*

AD TIT. XVI. DE DUOBUS REIS STIPULandi, & promittendi.

POsteaquam de singulorum stipulatione dictum est, nunc de plurium stipulatione additur *sub hoc tit.* cum quo congruit *tit.C.eodem modo conceptus, & tit.D.de duobus reis constituendis.& Nov.99.de duob.reis.* Reus à re dicitur: Itaque rei sunt non modò qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur, sive quorum res est. Sic enim olim loquebantur, ut bis ait Cicero *2.de orat.* Sic Gallus Ælius JC. apud Festum: Reus est (inquit) qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. Ubi etiam docet Festus, quis sit Reus stipulando, quis Reus promittendo, quæ conveniunt *cum l.1.D.h.t.* No-

quantitate. §. *1. D. ad l. Falcid. l. 3. C. de donat.* Et ratione hujus spei aliquis dicitur creditor, Eademque spes ad hæredem transmittitur. Aliud est jus in legato conditionali. Is enim cui sub condicione legatum est neque. Creditor est, neque si interea moriatur pendente cōdicione, id ad heredem transmittit. *l. 5. D. quando dies leg. ced. l. 1.* §. *14. si quis sub conditione. D. ut leg. canf. cav. Theoph. hic & ad* §. *Optionis. supr. de legat.* In stipulationibus tempus contractus inspicimus. *l. 78. si filiusfam. ff. de V. O.* At in legatis non præsens tempus testāmenti, sed futurum cessionis Cujac. R. Diff. esse videtur, quia stipulatio conditionalis aliquid jam est saltem ratione spei; at legatum conditionale ante eventum conditionis nihil est. Illa ergo transmitti potest, hoc non potest. Ratio rationis, quia legatum est facti. Quæ autem sunt facti ea in momentis consistunt, & tunc demum aliquid sunt quando fiunt, antea in rerum natura non sunt *arg. l. 9. opera. D. de op. libert.*

Ad §. *Loca.*

Hic §. jam supra est expositus opportuniore loco cum de stipulationis puræ effectu ageremus.

Ad §. *Conditiones.*

Conditio propria est quæ in futurum tempus concipitur, Ejusque vis est, differre obligationem, ut modò d. Aliç sunt conditiones impropriç, quç tantum figuram & colorem habent conditionis, quia scilicet per particulam si (ut & veræ ac propriæ conditiones) efferuntur, vim tamen ac potestatem conditionis non obtinent. Tales sunt quæ in præteritum vel præsens tempus conferuntur. Ut si Cæsar Pompejum vicit: si Rex Persarum vel Tyrannus Turcarum vivit. Per has stipulatio non suspenditur, sed statim aut infirmatur ac perimitur obligatio, si scilicet vera est conditio, aut omninò non differtur, si nimirum falsum sit, *ut hic & l. 37. cum ad præsens cum 2. seqq. D. de reb. cred. l. 100. conditio. D. h. t. fac. l. 7.* §. *pen. ff. de contr. empt.*

Itaque stipulatio sub tali conditione revera est pura sicut & illa, quando in futurum quidem confertur conditio, sed ejusmodi est, ut omninò sit exstatura *l. 9. si pupillus.* §. *1. D. de novat. l. 18. quod si ea. D. de cond. ind. qua ex eod. lib. 47. ad Sab. Vlp. sumpta est.* Rationem ipse Imp. reddit planè Philosophicam: de qua plurè disserit Cujac. hîc. NB. Alia sunt certa vel incerta absolutè & natura, alia nobis, ut præsentia & præterita natura semper sunt certa, quamvis nobis sint incerta. Futura autem & natura & nobis æquè sunt incerta propter contingentiam: de quo & Philosophi ad Aristotelem περὶ ἑρμην. *Vide & l. 28. sed et si* §. *ult. D. de jud.*

Ad §. *ult.*

Suprà dictum est in stipulationibus vel res versari vel factum sive, quod idem est, stipulationes vel in dando vel in faciendo, vel etiam in non faciendo consistere. De stipulatione facti consilium hîc dat Imp. ut in ea adjiciatur pœna. Quod & Venulejus JC. antea fecerat. *l. ult. D. de stipul. prætor.* Nam nisi factum stipulatus etiam pœnam stipuletur, difficultas aliqua objicietur stipulatori.

Probare

Probare enim cogetur quanti ſua interſit, factum eſſe vel non eſſe: Quæ probatio difficilis eſt *d.l.ult.D.de ſtip.prætor.l.69.ſi pœnam.in fi.D.de V.O. l. 24. quatenus. & ibi Decius.D.R.I.Bald.l.2.in fi.C.de reſc.vend.* Et interdum non jus, ſed probatio deficit. *Paulus in l.30.D.de teſtam.tut.* Cumq; aliâs plus aliâs minus interſit. *l.6.D.de vi & vi arm.l.1.in pr.de acti.empti.l.ult.D.ſi quis in jus voc.non ier.* Et ſæpè ad exiguam ſummam id deducatur. *d.l.ult.* Ut igitur quis ab hoc onere probandi ſe relevet, & pro condictione incerti ſeu actione ex ſtipulatu habeat condictionem certi: ſtipulari debet pœnam, qua quantitas ſtipulationis, quæ alioqui erat in incerto, certa exprimatur. Ut: ædificabiſne mihi inſulam, & niſi ædificâris, tunc pœnæ nomine centum mihi dare ſpondes. Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat &c. Judicio ſiſti, & ſi nō ſtiteris &c. Notandus eſt g. hic locus de uſu ſtipulationum pœnaliū: de quo multæ ſunt leges. vide in primis *l.4.§.Cato.l.68.ſi pœnam. & l.71.cum quid.l.137.continuus.§.pen.D.h.tit.* Et etiam in prætoriis ſtipulationibus eam interponi ſolere docet. *l. 6.in omnibus D. de ſtip.præt.* Pœna enim hìc ſuccedit in locum ejus quod intereſt: & id quod alioqui erat incertum, determinat. Unde non amplius hìc quæritur quatenus interſit, ſed quãtum pœnæ nomine promiſſum ſit. *§.alteri verſ.Pœnam.n inſ.de inut.ſtip.* Quamvis de eo diſputent Interpretes, an plus in pœnali ſtipulatione comprehendi poſſit, quàm quanti intereſt. De qua quæſtione vide Ferrarienſ. form. libel. in actione hypothec. Everhard. *in Topic. loco penult.* Notetur & hoc, In obligationibus faciendi ſi non fiat quod promiſſum eſt, venire id quod intereſt, ſive pecuniam. *l.72.ſtipulationes.verſ.Celſus, & ibi Dd.D.h.t. l.13.ſi quis ab alio.in fi. D. de re jud.l.1.in pr.D.de act. empt.* Item facta omnia eſſe incerta. *l. 75.ubi. §.7. qui id quod.D.h.t.* Incertum etiam eſſe id quod intereſt. *d.l.ult. D.ſi quis in jus voc.* nam & hoc ipſum in facto conſiſtit. *l.quatenus. D.de Reg. jur.*

Ad verſ. Itaque ſi quis & ſeq.

Hæc ſumpta ferè ſunt ex *l.137.§.pen. D.h.t.* Nota: Pœnalis ſtipulatio tantam vim habet, ut etiam eam ſtipulationem faciat utilem, quæ aliâs eſt inutilis, ut quæ fit alteri. *§.alteri.inſ. de inut.ſtip.*

AD TIT. XVI. DE DUOBUS REIS STIPULANDI, & promittendi.

POſteaquam de ſingulorum ſtipulatione dictum eſt, nunc de plurium ſtipulatione additur *ſub hoc tit.* cum quo congruit *tit.C.eodem modo conceptus, & tit.D.de duobus reis conſtituendis.& Nov.99.de duob. reis.* Reus à re dicitur: Itaque rei ſunt non modò qui arguuntur, ſed omnes, quorum de re diſceptatur, ſive quorum res eſt. Sic enim olim loquebantur, ut bis ait Cicero 2.*de orat.* Sic Gallus Ælius JC. apud Feſtum: Reus eſt (inquit) qui cum altero litem conteſtatam habet, ſive is egit, ſive cum eo actum eſt. Ubi etiam docet Feſtus, quis ſit Reus ſtipulando, quis Reus promittendo, quæ conveniunt *cum l.1. D. h.t.* No-

nius: Non solum crimini & culpæ obnoxios, sed etiam honesti vel voti debitores promissi auctoritas voluit. Fuit ergo olim in judiciis Reorum appellatio cōmunis utriusque litigantium, sed postea obtinuit, ut alter tantum, is scilicet qui judicio convenitur, sive is unde petitur, reus diceretur: cui actor opponitur, ut in Reg. Juris: Non debet actori licere quod reo non permittitur. Item favorabiliores rei potius quàm actores habentur. *D. de Reg. jur.* Item Actore non probante, Reus etiamsi nihil præstiterit absolvitur. *l.4.C. de edendo.* Sic Cic. petitorem opponit reo, pro Rosc. Comœd. Ut autem olim in judiciis, ita apud JC. in contractibus communis est reorum appellatio utriusq; contrahentium. *ut l.5.§. conventionales. D. de V.O. l.14. & stipulationum. D.h.t.* Dixi generaliter, in contractibus. Non solum enim verbis stipulationis, sed & alio quolibet contractu, imò etiam testamento duo pluresve rei fieri possunt. *l.9. eandem. D.h.t.* Sed differentiæ causa plerumque aliquid adjicitur ad vocabulum rei: ut Reus stipulandi, reus promittendi, reus credendi, reus debendi, reus satisdandi, reus satis accipiendi. Exempla passim occurrunt, *ut hic & tit. congruentibus in D. & C. Item sub tit. de fidejussor. l.34. qui hominem. § quidam. D. de solut. l.34 si duo. in pr. D. de recept. arbitr.* Sic reus *locationis l.13. item quæritur. §.9. duo rei. D. locati.* Si tamen absolutè & simpliciter dicatur Reus, intelligendus est debitor, & quidem principalis. Interdum autem etiam fidejussor dicitur reus, *ut l.112. si quis. §. si quis ita. D. de u. o. l.1. D. de coll. bon. l.7. §. si necessaria. D. qui satisd. cog.*

Denique reus etiam dicitur expromissor, id est, qui alienam obligationem principalem in se suscepit. *ut l.1. §. 8. exceptionem. D. quarum rerum actio non datur. l.104. cum servus. D. de u. o. l.11. delegare. D. de novat. & c.* Et hæc de varia verbi Reorum significatione. Nunc videamus, quomodo constituantur duo pluresve rei stipulandi & promittendi (nam omissis cæteris de his tantum hic agimus.) Deinde quod sit jus duorum vel plurium reorum. Quæ sunt 2. præcipua hujus tit. capita. Ad constitutionem igitur duorum pluriúmve reorum primò requiritur, ut eadem sit res quæ interrogatur & promittitur: v.g. Eadem pecunia, eædem operæ. *l.2. & l.5. D.h.t. §. ex hujusmodi reis. in utraq. quæ h.* (una res vertitur) si non sit una res, sed in singulis personis propria intelligatur non fiunt duo rei. *l.15. si id quod D.h.t.* Nam si impar à duobus suscepta sit obligatio, verius est non esse duos reos. *l.9. eandem rem. §.1. D.h.t.* Quod tamen non ita intelligendum est, quasi non possit ex duob. reis promittendi unus purè, alter in diem vel sub conditione obligari. Hoc enim potest. *§ ult. inf. h.t. l.7. D. eod.* Potest etiam stipulator duobus reis constitutis ab altero duntaxat fidejussorem accipere. *d.l.6. §.1. D.h.t.* Secundò necesse est ut conjunctim fiat & stipulatio & promissio. Ut enim omnis stipulatio actum requirit continuum, ita tamen ut aliquod momentum naturæ intervenire possit. *l.137. continuus in pr. D. de u. o.* Ita & hic cum duo rei constituuntur, temporis ratio habetur, intra quod uterque respondeat: Modicum tamen intervallum & modicus actus, qui quidem obligationi non sit contrarius non impediat quominus duo sint rei. *l.6. §.3 duo rei. D.h.t.* Si ergo ex duobus unus hodie, alter postera die respondeat, non erunt duo rei promittendi. Imò alter planè non erit obligatus. *l.12. si ex duobus. D.h.t.* Si duobus interrogatis alter dun-

taxat reſponderit, is ſolus obligatur qui reſpondit. *d.l.6.in pr.D.h.t.* Sic ſi quis à duobus interrogatus uni tantum reſpondeat, ei ſoli tenetur. *d.l.6.§.2.ſed ſi à duobus.* Parvi tamen refert, ſimul ſpondeant duo, an ſeparatim, cum hoc inter eos actum ſit, ut duo rei conſtituantur. *l.63.D.h.t.* Intereſt enim quid inter contrahentes actum ſit. *l.8.his verbis.D.h.t.l.12.§.1.& 2.* non fuerat adjectum. Tertiò oportet ut hoc exprimatur, quòd in ſolidum uterq; vel utrique teneatur. *Nov.99.* quanquam olim hoc neceſſe non erat.

Ex his colligitur, tum qui ſint duo pluréſve rei ſtipulandi, tum rei promittendi. Illi enim ſunt correi, quibus eandem rem vel pec. ſeparatim ex eadem cauſa ſtipulantibus ab uno eodemque, vel etiam à pluribus promittitur. Hi ſunt correi, qui eandem rem vel pec. ex eadem cauſa ſtipulanti ſinguli in ſolidum ſuo nomine promittunt, *ut hic, & l.4.D h.t.* Eſt & hoc obſervandum, Reos promittendi vice mutua fide jubere poſſe. *l.12.reos.D.h.t.* Cujus rei utilitas hæc eſt, ut ei qui ſolidum ſolvit, adverſus correum detur mandati actio, cum aliàs nulla ei competeret. *Cujac.ad d.Nov.99.* Semper tamen tacitè id agitur, ut unus pro altero teneatur, etiamſi expreſsè non fidejuſſerint vice mutua, unde à Græcis ἀλληλέγγυοι dicuntur. Tenentur enim ſinguli in ſolidum, ut jam dicetur.

Ad §. Ex hujuſmodi.

Jus duorum reorum hoc eſt, ut ſi plures ſint rei ſtipulandi ſingulis ſolidum debeatur: ſi plures rei promittendi, ſinguli in ſolidum teneantur, *ut hic & l. 2. D. h. t.* Hinc ſequitur, ut unus ex pluribus reis ſtipulandi perinde ſibi acquiſierit, ac ſi ſolus ſtipulatus eſſet: Ideoque & uni ſolvi rectè, & is ſolus totam rem in litem ac judicium deducere, & acceptilatione totam obligationem perimere itemque novare poſſit. *l.31. ſi rem.§.1 D.de novat.& d.l.2 D h t.* Et ſi unus ſemel egerit, non poteſt promiſſor pecuniam offerre alteri, ſed ei ſolvere debet à quo convenitur. *l.16.ex duob.D.h.t.* Rurſus ſi duo pluréſve ſint promittendi, poteſt ſtipulator iſto jure etiam ab uno ſolidum exigere, à quo velit. *l.3.§.1. l. 11. reos.pr. D.h.t.l.2.C.eod.* Adeò ut hæc electio ipſi non debeat auferri, ne quidem per reſcriptum principis. *l.3.C d.t.l.13. ſi diviſa. C. locati.*

Poteſt tamen etiam partes petere à ſingulis & actionem dividere, ſi velit: ſed dividere non eſt cogendus. *d.l.3.§.1.& d.l.11.* Jure tamen noviſſimo hæc mutata ſunt. Nam ut plures fidejuſſores ex epiſtola D.Hadriani habent beneficium diviſionis: *de quo inf.ad §.ſi plures.de fidejuſſoribus.* Ita Juſtinianus *in Nov 99.* idem beneficium quod antea dederat pluribus reis conſtitutæ pecuniæ. *l.ult.C.de conſtit.pec.* communicavit etiam cum pluribus reis promittendi: ut non amplius hodie in ſolidum ſinguli conveniri poſſint, ſed pro parte tantum, ſi id poſtulent. Ex qua Nov. ſumpta eſt auth. hoc ita. *C.h.t.* Hodie ergo plures rei promittendi etiamſi in ſolidum ſe expreſsè obligârint, poſtulare poſſunt, ut pro parte tantum conveniantur, dummodo omnes adſint & ſolvendo ſint. Nam ſi ſolvendo non ſint, ij onerant cæteros.

Porrò

Porrò quod ait Imp. In utraque obligatione rem eandem verti, jam sup. exposui, & confirmatur *l.2.& l.3.§.1.D.h.t.* Ubi Ulpian.ait, unam esse obligationem & unam summam. Idque ex regula juris, qua dicitur, Tot esse stipulationes quot sunt res. *l.29.scire.D.de V.O.* Quare quod hìc dicitur, In utraque obligatione, non ita intelligendum q. duæ essent obligationes, sed quasi dixisset, In utriusque obligatione, ut mox, omnium obligationem: quæ una est & eadem. Si una est obligatio, ergo solutione ab uno vel uni facta, tota perimitur, & omnes Correi liberantur. *ut hic, & dd.ll.* quemadmodum etiam fit in obligatione rei & fidejussoris. Unius enim solutione tota obligatio tollitur, ut inf. dicetur. Idemque cum solutione efficit & acceptilatio uni vel ab uno facta, *d. l. 31. Si rem. §.1.D.de novat.l.35. Senatus.§.pen.D.de mort.cau.don.l.3.§.3.nunc de effectu.D.de lib. leg.* In qua l. observanda est divisio duorum reorum promittendi, quæ etiam indicatur *in l.10.si duo.D.h.t.* Vel enim Socij sunt, vel non sunt Socij. Aliud est, si persona tantum alterius liberetur, v. g. per capitis dimin. ut aquæ & ignis interdict. res autem ipsa non solvatur. Tum enim manente obligatione, alter durat obligatus. *l.ult. D.h.t.*

Ad §. ult.

Idem ait *l.7.D.h.t.* Hac autem in re differt obligatio fidejussoris. Hic enim reo sub conditione vel in diem obligato non potest obligari pure: quamvis contrà fieri possit, id est, reo principali purè obligato ipse sub conditione vel ex die obligari possit. Nam reorum promittendi par est eademq; causa: uterque enim est principalis debitor. At fidejussoris obligatio tantum accessoria est: nec potest in duriorem causam accipi, in leviorem (minorem) potest. *§.fidejussores. inf.de fidejussoribus.l.8.§.7.illud commune.D.eod.*

AD TIT. XVII. DE STIPULATIONE servorum.

Respondet tit.D. similiter conceptus, & pars tit. inf. Per quas personas nobis oblig. acq. Non tantum autem liberi homines, & qui sui juris sunt, stipulari possunt, verum etiam servi & filijfam. Sed hoc interest, quod liberi homines ex sua persona id jus habent, Servi non ex sua, sed ex domini persona. Ipsi enim personam non habent, ut nec alia quæ sunt civilia. *l. 32. D. de R.I.* Rectè autem habet tit. De stipulatione, & non etiam de promissione servorum: quia servus stipulando quidem acquirere domino potest obligationem, promittendo autem eum obligare non potest, ut nec alio modo contrahendo. Per servos enim melior conditio Domini fieri potest, deterior non item. *l.133.melior.D. de R.I.l.59.D.de pact.* quæ antiqua regula juris dicitur *in l.ult.D.de acq. poss.* Jure tamen prætorio peculiotenus obligatur Dominus per servum.

Etsi vero etiam de liberis in potestate hìc agitur. §.1.vers. idem juris: tamen id obiter tantum fit & tacitè remittimur *ad tit. per quas person. sup.* Quia igitur à potio-

à potiore fit denominatio. *l. queritur 10. D. de stat. hom.* ideo rectè in titul. tantum servorum fit mentio, non etiam liberorum. De servis igitur solis jam dicemus. Servus (inquit Imp.) ex persona domini jus stipulandi habet, id est, ad id ut stipulando servus aliquid acquirat, inspicimus personam & jus atque capacitatem domini, an videlicet sit talis, cui acquiri possit. Idem fit etiam si servo aliquid detur in testamento. *l. 12. §. 2. regulam. D. de leg. 1. l. 55. §. 1. & l. 82. debitor. §. 2. servo. D. de leg. 2.* Sed hîc notanda est differentia. Nam servus tàm generaliter jus stipulandi habet ex persona domini quàm hoc vel illud: Sed ex testamentis alienis generaliter quidem capiendi jus habet ex persona domini.

Jus autem capiendi hoc vel illud, ex sua persona habet: Unde & altera sequitur differentia, ut stipulatio quidem statim acquiratur domino, quod autem legatur servo, id domino legari non videatur, & proinde servo antequam dies legati cedat, manumisso obtingere possit. *Cujac. hîc ex l. 82. debitor. §. ult. D. de leg. 2.* (v.g. res domini potest purè legari ejus servo, ab alio, quę ipsi domino nō rectè legaretur. Cur servus per se & ex sua persona non habeat hoc jus, ratio est, Quia servus non habet communionem juris civilis *l. 68. Illa verba. D. de V. S. l. 52. D. de R. I. l. 209. D. de R. I. l. 59. §. ult. D. de cond. & demon. §. 1. sup. de obl.* tum inprimis stipulatio, quæ est vinculum vinculi, ut ait Cujac *ad tit. C. de contr. stip. §. de constituta. inf. de act.*

Dices, stipulationem esse facti, ut sunt omnes contractus *l. 7. consilio. §. ult. D. de cur. fur.* Ea autem quæ sunt facti, utpote naturalia, etiam in servos cadere. *§. sed cum factum inf. h. t.* Resp. Contractus partim esse facti, ratione scilicet ipsius conventionis & tractationis ac negotij quod geritur: partim vero juris, ratione obligationis inde natæ, sive jus continere: ut de stipulatione expressè ait Paulus. *l. 27. si unus. §. 2. pactus. D. de pact.* Quemadmodum possessio quoque partim est facti, ratione scilicet naturalis apprehensionis, partim jus continet, scilicet percipiendi fructus & usucapiendi. Possessio non tantum corporis sed & juris est, inquit Papin. *l. 49. possessio quoque §. 1. D. de acq. poss.* Quicquid igitur servus ex stipulatione, ut & ex alia qualibet causa acquirit, domino acquirit. *§. item vobis. sup. per quas person.* Nihilque interest, sibine an domino, an conservo suo, an impersonaliter stipulatus sit. *§. sive a. inf. h. t.* qui sumptus est ex *l. 1. in pr. & §. 3. quod servus.* D. d. t. *l. 15. sive mihi. D. h. t.* Idque adeò verum est, ut etiam servus hæreditarius hæreditati, & per id hæredi etiam postea facto acquirat, quod jacente hæreditate stipulatur. *ut hîc.*

Nam servus hæreditarius universo hæreditatis jure continetur. *l. 36. D. h. t.* & hereditas est ficta quædam persona domini, & in plerisque sustinet vicem personæ defuncti, habetur loco domini: Quæ regula juris passim inculcatur, *ut §. servus & alienus. sup. de hæred. instit. l. 31. non minus. §. 1. D. eod. l. 24. novatio. in fi. D. de novat. l. 33. in eo. §. ult. & l. seq. l. 61. hereditas* D. *de acq. rer. dom. l. 22. mortuo.* D. *de fideiuss. l. 9. cum hæreditas. C. depos. l. 15. ante aditam. D. de interrogat.*

Ex eadem regula sive jure singulari hæreditas nondum adita usucapere potest. *l. 40. captam. & l. 44. justo. §. 3. nondum aditæ. D. de usucap.* Ratio hujus regulæ sive fictionis est utilitas, ne videlic. commoda hæreditaria jacente hære-

ditate pereant ijsque hæres carere cogitur. Sed rectè accipienda est regula, non enim in omnibus rebus hæreditas habetur pro domino, sed tantum in plerisque, ut hic ait Imp. & ut Hermogenian. *in d.l. 61. De acq. rerum dom.* In multis partibus juris. Nam in quibus factum personæ veræ requiritur, ut in ususfr. in aditione hæreditatis, ea servus hæreditati jacenti acquirere non potest. *l.14. cum qui. §.14. si res commodata. l. 68. hæreditaria. D. de furt.* Furtum enim fit invito domino, ut est in defin. furti. §. 1. *inf. de obl. quæ ex del.* At hæreditas cum non habeat animum, non potest velle aut nolle. Nihil autem interest quomodo servus hæreditarius stipuletur, an indefinitè seu impersonaliter, an sibi, an hæreditati, an denique hæredi futuro. Sed hic sciendum, hæredi futuro servum hæreditarium nominatim stipulari non posse. (nihil agit) *l. 16. servus. D. h.t.* secundum quam intelligenda est *l.28. si ex re §. ult. & l.35. servus.* D. *eod.*

Ad §. Sed cum factum.

Quod antea dixerat Imp. nihil interesse, an servus sibi an domino stipuletur, semper enim acquirere domino: id hic declarat, intelligendum esse de jure, & non de factis. Nam si factum aliquod sibi stipuletur servus, id ipsius personæ cohærere, non acquiri domino: ut si stipuletur sibi ire agere licere: Ipse solus prohiberi non debet ire agere: non etiam dominus ejus, quamvis utilitas & emolumentum hujus facti ad dominum pertineat. Potest enim dominus servum mittere ad eundum, & agendum *ut hic & l. 38. stipulatio ista. §. 6. hi qui. fac. & l.130.* D. *de V.O.* Ratio est, quia quæ facti sunt non transeunt ad dominum sunt personalia & naturalia, quæ etiam in servum cadunt. *l. 6. si statu libera. §. ult. D. de statu liber. l. 44 qui hæredi.* D. *de cond. & dem. d.l. quod attinet. de R.* I. Potest tamen servus etiam facta in personam domini conferre, ut Domino suo ire agere licere: atque ita etiam dominus ire agere poterit. Sed si servus operas officiales sibi stipuletur, inutilis est stipulatio. Nam hoc factum soli patrono præstatur. *l.38. si servus. D. de stip. serv. l.10. D. de op. lib.*

Ad §. Ult.

Dictum est de servo unius domini, itemque de servo hæreditario, Sequitur de communi: qui plurium dominorum est, non q. totus singulorum, sed pro partibus indivisis, ut intellectu magis quàm corpore partes in eo habeant. *l. 5. D. h. t.* De eo hæc est regula: Servus communis acquirit unicuique dominorum, non tamen pro virilibus portionibus sive æqualiter, sed pro parte qua domini sunt, sive pro parte dominica, *ut hic & d.l. 5. l. 7. proinde. l. 37. si communis.* D. *h t. §. ult. inf. per quas person.* Quod idem etiam in legato relicto servo communi observatur. *l. 50. si servus. in pr. D de leg.* 1. Et hoc adeò verum est, ut omnibus acquirat servus communis etiamsi ex re unius stipulatus sit. *l. 28. §. 1. D. h. t.* Item etiamsi pecunia detur ex peculio, quod alterum ex dominis sequitur *l. 27. servus communis D. h. t.* ut item dominos suos reos stipulandi cõstituat *l. 29. si cũmunis. D. eod.*

Dixi

Dixi pro parte dominica, Finge, Emimus tu & ego servum communem 30. aureis, quorum ego 20. tu 10 exposuisti. Ego itaque duas portiones in servo habeo, tu tertiam. Jam si servus stipuletur 300. non acquirentur tibi 150. id est virilis sive æqualis; sed 100. duntaxat, reliqua verò 200. mihi. Hoc enim est pro potionibus dominicis, sive pro parte qua domini sumus. Ratio & æquitas manifesta est, ut qui plus in societatem contulit plus lucri ferat. Est & hæc ratio, quia dominium est causa acquirendi. Qui g. plures partes habet dominij rei plus acquiretur.

Hujus regulæ tres sunt exceptiones, Primum enim si jussu unius ex pluribus dominis stipulatus sit servus communis, ei soli acquirit. II. Idem est si nominatim viri alicui stipuletur. *ut hic & d §. ult. inf. Per quas person. d. l. 5. l. 28. §. 3. sicuti*. D. *h. t.* III. Si res in stipulatum deducta à servo sit ejusmodi quæ non possit omnibus dominis sed uni tantum acquiri: tum huic soli acquiretur. Nam persona servi communis ejus conditionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui acquiri potest. *l. 1. §. 4. communis*. D *h. t.* Exemplum est. *hic & l. 7. §. 1. l. 9.* D. *h. t.* ut si servus communis stipulatus sit rem, quæ est alterius ex dominis, cum enim jam ante ipsius sit, non potest amplius ipsius fieri. *§. sic itaque inf. de act.* Tota igitur alteri acquiretur, cum rem suam inutiliter quis stipuletur sive per se sive per servum suum *l. 29. scire. §. 1. l. 87. nemo*. D. *de V. O.* Aliud exemplum est in stipulatione servitutis ad fundum, qui alterius ex dominis est. Cum enim servitus deberi non possit nisi ei, qui habeat prædium, & quidem vicinum, huic soli ea servitus acquiretur *d. l. 7. in fi. l. 17. si communis*. D. *h. t.* Aliud est exemplum, si alter ex dominis uxorem ducturus sit, ejusque servo dos promittatur. *l. 8. item si alter*. D. *d. t.* Cum enim dos non possit esse sine matrimonio. *l. 3.* D. *de ju. dot. l. 1. §. pen.* D. *pro dote*. ei soli acquiritur stipulatio dotis, qui & matrimoninium constitutum habet. Ad 1. & 2. except. quæret aliquis, Quid si servus ab uno jussus stipulari, non stipuletur eo qui jussit, sed alteri domino? utri acquiret. Resp. hic distinguendum, ut si is nominatim eum sibi stipulari jussit, ipsi acquirat, etiamsi nominatim alteri stipulatus sit. Quod si simpliciter eum jusserit stipulari, non adjecto expressè ut sibi, ei acquiret servus, quem nominavit. Priore casu plus valet jussus quàm nomen: altero plus valet nomen quàm jussum. Et ita Azo accipit. *l. ult. C per quas person. in summa ibi*, probante etiam Cujacio hic. Sequi debebat de stipulatione servi fructuarij: Item alieni, qui bona fide possidetur: Itemque de liberi hominis bona fide servientis stipulatione. Sed per hos quid, quantumque acquiratur intelligi potest ex ijs, quæ supr. dicta sunt *ad tit. Per quas personas &c. & inf. tit. per quas person.* De quib. vide *l. 1. §. pen. l. 19. si alienus. & l. seq. l. 31. si jussu. l. 32. 33. 34. & l. pen.* *D. h. t.*

AD TIT. XVIII. DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Rectè habet tit. De divisione, non, de divisionibus Stipulationum. Non enim omnes quæ usquam sunt, stipulationum divisiones hîc afferuntur: quarum quædam sup. attingebantur *tit. De V. O.* sed una tantum eaque insignior & illustrior: quæ etiam explicatur *in l.5. D. de V. O.* Unde hic tit. ad verbum ferè est descriptus. Pertinet huc *tit. D. de stipul. prætor. cum 3. tt. seqq.* Est autem hæc divisio quadripartita, sed docendi causa ad duo membra non malè revocatur: ut stipulationum alias dicamus esse voluntarias, alias necessarias. Voluntariæ sive arbitrariæ sunt, quas Imp. conventionales vocat: id est, quæ ex conventione, voluntate & arbitrio reorum, sive utriusque partis interponuntur. Necessariæ sunt judiciales, prætoriæ & communes. Inter hæc duo stipulationum genera cum aliæ sunt differentiæ, tùm illa præcipuè: quod in conventionalibus stipulationibus contrahentes dant formam contractui: ex eorum enim arbitrio pendet, & si qua incidat ambiguitas, ea interpretationem accipit ex mente contrahentium. Prætoriæ vero legem accipiunt de mente prætoris, qui eas proposuit: nec licet in ijs quicquam immutare neque adijcere neque detrahere: Et si in illis ambiguus sermo acciderit, prætoris erit interpretatio. *l. 52. in conventionalib. D. de V. O. l. 9. in prætorijs. D. de stip. prætor.* Est & hæc insignis differentia, quod stipulationes prætoriæ (Idem in judicialibus & communibus) satisdationem requirunt, id est idoneam cautionem, quæ fit per fidejussores. *l. 3. & l. 7. prætoria. D. de stip. præt.* perpaucæ sunt quæ nudam repromissionem habent. *l. 1. §. 5. stipulationum. D. d. t.* Conventionales nuda repromissione contentæ sunt. Sed singulas species eo ordine videamus, quo à Pompon. *in d. l. 5. & hic ab Imp.* proponuntur.

Primum igitur Judiciales tantum sunt quæ à mero judicis officio proficiscuntur, id est, quæ solo jussu judicis, sive ad interlocutionem ejus interponuntur à litigantibus, sine horum conventione, & sine prætoris jussu. Judex autem hîc intelligendus est qui datus est à prætore, & qui vulgò dicitur pedaneus. Ita enim Romæ mos erat, ut prætor ab actore aditus & impetrata actione judicem vel unum, vel plures pro qualitate causa daret, qui causam cognosceret & judicaret. Qua de re constat ex Ciceronis orationib. & ex JC. libris. Et differebat Prætor à judice, ut magistratus à privato, sed posteriores Impp. impropriè sæpè judicis verbo usi sunt etiam pro magistratu. Potest autem judex ad has stipulationes cogere unum ex litigatoribus non modò si altera pars hoc petat, sed etiam proprio motu. *arg. l. 25. ædiles. §. item sciendum vers. judici. D. de ædil. ad.* Exemplum judicialis stipulationis affertur *in l. 5. D. de V. O.* unicum, cautio de dolo. Imp. hîc addit alterum, de persequendo servo qui in fuga est restituendóve prætio. Cautio de dolo creberrima est, & tum in judicio exigitur, cum periculum est, ne quid in re nostra adversarius dolo egerit. Eoque pertinet *l. 69. hæc verba. De V. S.* Exempla sunt hîc apud Theoph. *in l. 15. creditor. D. de pign. act.* (in creditore

ditore pignus restituente) *in l.9. metum.§.5. Iulianus.& §.7. ex hoc edicto. D. Quod metus causa.* (in eo qui restituit rem metus causa sibi traditam) *in l.18. si. post acceptam.& l.20. praeterea. l.45. si homo. D. de rei vind.* (in eo possessore qui post litem contestatam rem alienam usucepit) *in l. 21. redhibere. §.1. & 2. D. de aedil. ed.* (in emptore redhibente rem venditori) *in l. 25. si filiofam. § 1. D. solut. matrim* (in marito dotem reddente). Et in hac cautione observandum, eum qui de dolo repromisit jussu judicis etiam latam culpam praestare debere. Ea enim in contractibus aequiparatur dolo, ut sup. dict. NB. clausula doli non solum separatim ponitur, sed etiam subijci solet generaliter, ut dolum malum afuturum. 2. Cautionem de persequendo servo, qui in fuga est &c declarat Theoph. hic exemplo sumpto *ex l.21. si à bona. D. de rei vind.* Aliud exemplum ejus est *in l.14. item si. §. 11. quid si homo. vers. pro eo a. & vers. Ergo. si in fuga. D. Quod met. ca.* Aliud in *l.21. redhibere. §. ult. & l. seq. D. de aedil. ad.* Aliud in *d. l.25. si filiof. §. pen. D. sol. matr.* Aliud in *l.39. cum servus. in pr. & l.69. servo legato. §. ult. D. de legat.* 1. de restituendo pretio est in *l.5. §. ult. D. de cond. caus. data.* Sunt & aliae stipulationes judiciales, ut de indemnitate, sive rebus rectè praestari. *l.19. ipsi & l.58. à quo servus. D. de rei vind. l. 71. aliud. §.1. D. de V.S.* Item de re, quam acceperit, restituenda si postea actio privilegiaria inferatur. *l. 52. ex facto. §. ult. D. de pecul.* Idem de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. *l.4. quod si Ephesi. §.1. D. de eo quod certo loco.*

Ad §. Praetoriae.

Praetoriae stipulationes sunt quae à mero praetoris officio proficiscuntur, id est, quae non praestantur in judicio jussu judicis dati, sed apud magistratum postulantur id est, pro tribunali petuntur, ejusque jussu & imperio interponuntur. Exemplum unum affertur in *l.5. D. de* V.O. Cautio scilicet de damno infecto. Justin. addit alterum, de cautione legatorum. Utraque nominatur etiam ab Ulp. *in l.37. actionis. D. de ob. & act.* Ubi praetoriae stipulationes instar actionum obtinere dicuntur, & *in l. 20. non solum* D. *Rat. rem hab.* vicem repraesentare actionũ. Item *l. 1. §. 2. cautionales.* D. *de stip. prator. & l.10. §. si ambo. §. ult.* D. *de compens.*

Ad priorem cautionem pertinet tit. D. de damno infecto. Est autem damnum infectum, damnum nondum factum, quod futurum veremur. *l.2. l.7. §.1.* D. *d. t.* V. G. Si vicinus meus ędes suas ruinosas & vetustate ac carie adeò consumptas ut ruinam minentur, & mihi in meis aedibus damnum dare possint, praetorem vel magistratus municipales, quibus praetor delegavit, adire & ab eo petere possunt, ut vicinum meum jubeat cavere mihi damni infecti nomine, & spondere de damno, si quod mihi forte occasone aedium ipsius datum sit resarciendo sed mihi prius de calumnia jurandum erit *l.7. & tot. tit.* D. *de damn. inf.*

Haec stipulatio sive cautio ideo necessaria est, Quia ea non interposita nonnunquam evenit, ut dato per vicini aedes damno nulla nobis competat actio, cum possit is, cujus aedes in meas corruerunt, rudera omnia pro derelicto habere. *l.6. evenit. & l.7. praetor ait. §. ult.* D. *de dam. inf.* Quod si vicinus cavere nolit, is qui cautionem petijt, in possessionem aedium mittendus est. *l. 4. §.1. l. 9. in pr. & passim.* D. *d. t.* Adeò ut ex secundo decreto missus etiam usucapere possit aedes. *l.*

 5. prato-

§. prætoris. in pr. D. d. t. 2. Stipulatio legatorum est quæ continet cautionem legatorum vel fideicommissorum servandorum non modò eorum quæ sub conditione vel in diem, sed etiam eorum, quæ purè relicta sunt. *l. 1. §. 3. non solum. a. l. 14. & 15. D. d. t.* Et potest exigi ab hærede aliòve à quo relicta sunt, cujuscunque sit dignitatis & quarumcunque facultatum, ne antequam conditio vel dies existat, bona defuncti consumat, atque ita inane testatoris beneficium reddat. *l. 1. & tot. tit. D. ut legatorum seu fideicomm. caus. caveatur.* Adeò autem præstanda est ab hærede hæc cautio, ut etiamsi legato hæc conditio sit ascripta, si ejus nomine cautio non petatur *l. 11. licet D. d. t.* remittitur enim hæc conditio jure pub. Quod si quis satisdare nolit aut non possit, hic quoque item ut supra legatarius vel fideicomm. in possess. bonorum mittitur. *d. l. 1. § nec sine ratione. & l. 4. D. d. t. l. 114. filiusf. §. 12. idem principes. D. de leg. 1.* Ubi vulgaris cautio hæc dicitur, quia scilicet usitatissima sit. Rebus pub. tamen remitti solet hæc satisdatio: & tantum repromissio exigitur, voluntati defuncti statuiri. *l. 6 si quando §. 1. D. d. t.* Sunt & alia exempla stipulationum prætoriarum: ut cùm is, cui novum opus nunciatum est, cavet opus novum restitui. *l 1. §. judiciales. D. de stip. prætor.* Quò pertinet *tit. D. & C. de nov. oper nunc.* Item cautio usufructuaria: de qua est *tit. D, usufr. quemadmod. cau* Item cautio si cui plus quàm per legem Falcid. D. *si cui plus quàm per l. Falcid licuerit* legatũ esse dicitur *l. 1. d. tit.* Quomodo a. prætoriæ a judicialib. differant. *vide Schneidevv. hic nu. 4. & 5.* Porrò prætorijs stipulationibus etiam annumerandæ sunt ædilitiæ, *ut hic vers. prætorias a. & d. l. 5. D. de V. O.* Ut enim Edictum ædilitium pars est juris prætorij, vel ut quidam volunt honorarij, ut dixi *ad §. prætorum. sup. de ju. nat gent. & civ.* Ita & cautiones ædilitiæ sub prætoriarum appellatione continentur. Quò pertinet tit. de morbo vitióve rei venditæ *D. de ædil ed. & tit. C. de ædil. act.* Item. *tit. de evict. & dup. stip.* Continebantur olim & Tribunitiæ. ut Cujac. hic annotat. Et in summa omnes cautiones, quæ apud magistratum sive urbanum sive provincialem peruntur, prætoriæ dici possunt. *arg. l. 10. & 11. D. de off. præsid.* Quod autem ait Imp. Etiam ædilitias ex jurisdictione prætoris venire: quidam delent prætoris: tum quia non sit *in l. 5. D. de* V. O. Unde hic locus est sumptus: tum quia Theoph. verterit ex Juris dictione ædilium: tum denique quia hæ cautiones sint ex edicto seu juris dictione ædilium, non prætoris. *l. 1. in pr. l. 28 si venditor. l. 32. itaque & l 38. ædiles aiunt. D. h. t.* Giphanius tamen nihil mutandum censet. Sed hic illud quæri posse video, Quomodo hic dicamus, quasdam stipulationes esse prætorias, cum omnes in universum stipulationes fecerimus juris civilis? Resp. Oldendorp. cautionem quidem prætoriam esse, sed actionem ex stipulatu, quæ omnibus cautionibus deservit, esse & manere civilem.

Ad §. Conventionales.

Tertij generis stipulationes conventionales sunt, quæ ex conventione reorum fiunt, *d. l. 5. D. de* V. O. sive, quæ ex conventione utriusque partis contrahentium concipiuntur, *ut hic*, id est, quæ ex arbitrio & voluntate contrahentium pendent. *l. 52. D. de* V. O. nec jussum vel prætoris vel judicis desiderant. Harum tot esse genera ait Imp. quot rerum contrahendarum. Cum enim omnib.

negotijs

negotiis & contractibus imò & pactis confirmandis adhiberi soleant stipulationes. *l.7.§.12. quod ferè D. de pact. ut sup. d. ex Paulo lib.5. tit.7.* eaque sint ferè innumerabilia & infinita, eadem erit stipulationum istorum ratio. Quò pertinet quod Cic: in Topicis ait, Stipulationum genera esse innumerabilia. Cautè verò additur, (penè dixerim) quæ clausula eò pertinet ut intelligamus, Quasdam esse res de quibus contrahi possit, & quæ tamen in stipulatum deduci non possint, ut res sacra, religiosa, liber homo &c. vendi potest. *l.4. & l.70. liberi hominis. D. de contr. empt.* in stipulationem venire non potest. *§.2. idem juris inf. tit. prox.*

Ad §. Ult. Communes.

Quartò communes stipulationes sunt, quæ aliâs apud prætorem vel ædilem, aliâs jussu judicis interponuntur. *ut hic & d.l.5.* Hujus generis est stipulatio, Rem pupilli vel adolescẽtis salvam fore: de qua est *in D. tit 6. lib.46. & sup. lib.1. tit. De satisdat. tut. vel curatorum*, ubi exposui quid hæc stipulatio complectatur, à quibus & quomodo præstanda sit. Hæc stipulatio aliâs apud prætorem, aliúmve magistratum exigitur in ipsa datione tutoris, aliâs verò apud judicẽ, tũc scilicet cum aliter res expediri non potest, id est, cum judicium sine ea nõ potest procedere: quod exẽplo declarat Theoph. (ut si tutor nondũ præstita apud prætoré hac satisdatione pupilli debitoré conveniat, & is nolit judicium suscipere, quod dicat tutorem nondum satisdedisse. Deinde huc pertinet stipulatio duplæ, qua venditor mancipiorum vel aliarum rerum pretiosarum (ut margaritorum, ornamentorum ac monilium, vestis sericæ.) repromittere cogitur emptori, se duplum pretij restituturum, si contingat, ut res illa emptori evincatur. (wanns jhme mit Recht abgewonnen wirdt) In alijs rebus non ita pretiosis tantùm in simplum agitur. *Cujac ad § si res. lib. 2. sent. Pauli tit.* 17. Imò etiãsi non intervenerit stipulatio duplæ, tamen ex empto ad duplũ agi poterit. *l.31. quod si nolit. §.20. quia assidua D. d. ad. ed* Tertium exemplũ communis stipulationis est cautio de rato: quò pertinet *tit. D. Ratam rem hab. & de ratihabitione* Genehmhabung vnd Bestandt. Ea præstatur ab ijs, qui alieno nomine agunt sine mandato. *§. Si autẽ. inf. De satisdat.* Quales sunt, falsus procurator (id est qui vel nullũ habet mandatum, vel non sufficiens vel impertinens) tutor, curator, actor à tutore datus, maritus ut curator cõjugalis. *l.21. maritus. C. de procur. And. Geil. 1 obs.133. n.1. & 2.* Hi omnes coguntur cavere de rato, id est, reum principalé cujus causâ agunt, comprobaturum agniturumque, quod actum est ab ipsis. Id enim est ré habere ratam. *l.12. quo. u. §.1. D. d. t.* Alioqui nihil rectè ab ijs fit, & judicium esset elusorium. Posset enim is, cujus res est, denuò agere, non obstante ipsi exceptione rei judicatæ, cum res inter alios acta vel judicata alijs non noceat, ut habet tit. Cod. Ex quibus perspicuum est, hanc stipulationem esse judicialem: quod etiam apud omnes Interpretes est in confesso. Sed an etiam prætoria interdum sit: à quibusdam in dubium vocatur. Ideoque D. Wesemb. conjicit legendum duplæ stipulatio: alij hæc verba plane omittunt, ut Cujac. testatur hic. Quod tamen interdum sit prætoria, probatur *ex l. 20. non solum. D. Ratam rem hab.* Ubi procurator, à quo damni infecti stipulatio interponitur, de rato cavere debet.

Certum

Certum autem est stipulationē damni infecti esse prętoriam §. *pratoria sup. h. t. sic l. 13. si commissa. §. ult. D. d. t. & c.* Procurator, cui sine judice solvitur legatum, cavere debet de rato: At quis eum nolentem compellet nisi prætor? Nisi fortè dicamus, ibi ex conventione utriusque partis hanc cautionem præstari. Id enim notandum, hanc stipulationem de rato interdum esse conventionalem, sive ex conventione interponi. *l. 10. interdum. cum. 2. seqq.* D. d. t. Objicitur vulgò *l. 1. §. 1. D. de stip. prator.* quasi ibi stipulatio de rato dicatur judicialis: in verb. ut ratum fiat. Sed Resp. I. ibi non agi de stipulatione rem ratam haberi. Sequitur enim illa *in* §. 2. cautionales, ut taceam quòd nusquam illa ita dicitur ut ratum fiat: sed de ijs stipulationibus, per quas fit ratum judicium. II. aliter longè ibi quàm hîc sup. definiuntur stipulationes judiciales. Hîc enim judiciales prætorijs opponuntur, & judiciales sunt quæ ex mero judicis officio proficiscuntur, at ibi sub ijs continentur, & sunt quæ propter judicium, ut id ratum fiat, interponuntur, ut sub prætorio pignore pignus judiciale, quemadmodum & communes aliter ibi quam hîc accipiuntur. Prætoriæ enim stipulationes ibi subdividuntur in tres species: ut sint vel judiciales, vel cautionales, vel communes. Quæ ibi singulæ definiuntur & exemplis declarantur: De quibus alibi.

AD TIT. XIX. DE INUTILIBUS STIPULAT:

TAmetsi recto cognito facilè id quod pravum ac vitiosum est unâ videtur cognosci, ideoque cognito quæ sint stipulationes utiles, sciri etiam posse videatur ex hoc ipso quæ sint inutiles: *arg. §. 1. sup. de his qui sunt sui vel al. jur l. 1. D. eod.* tamen ut res sit clarior, separatim etiam de his tractatur: *ut & in C.* In Dig. verò hæc sparsim & confusè traduntur *sub. tit. De V. O.* Non est autem quod hinc novam fabricemus divisionem stipulationum, qua aliæ sint utiles, aliæ inutiles, ut Theoph. hic & Azo fecerunt. Est enim hæc non rei seu vera, sed nominis tantum divisio. Inutiles enim stipulationes non sunt stipulationes: ut & testamentum falsum, injustum, irritum, imperfectum, ruptum, non est verè testamentum, sed abusivè ita appellatur. *l. 2. §. 1. D. Testam. quemad. aper.* Porrò hic insignis & prolixus tit. ad VI. Summa capita revocari potest: Nam aut ratione rei in eam deductæ inutilis est stipulatio: 2. aut ratione personarum. 3. aut ratione formæ: 4. aut ratione conditionis adjectæ. 5. aut ratione loci & absentiæ (quanquam hoc ad locum de personis referri potest) 6. aut ratione temporis sivè præposterationis: quod tamen genus hodie utile est. 7. aut denique ratione dissensus & erroris. Ratione rei inutilis est stipulatio: 1. Si in eam deducatur res quæ dari non potest, quæ dominio nostro subjici non potest, sive quæ non est in commercio. Nam eæ demum res in stipulationem deduci possunt, quæ dominio nostro subjiciuntur, & quidem omnes tàm mobiles quàm immobiles sive soli. *ut hic in pr.* Et de his rebus negotium rectè geremus, quæ subjici usibus dominioque nostro statim possunt. ut ait Paulus *in l. 83. inter. §. 5. sacram. D. de V. O.*

Exempla

Exempla talium rerum quæ dari non possunt, hîc aliquot commemorantur: referri autem possunt ad duo capita. Vel enim non sunt in rerum natura, vel non sunt in commercio. In rerum natura non sunt nec esse possunt, homo mortuus, hippocentaurus, Tragelaphus, &c. *Vide & l.69. si homo. & l. 103. liber homo. D.de V.O. Cajum.lib.2.tit.9.§.præterea.* Res tamen futuræ, etiamsi adhuc in rerum natura non sunt, quia tamen esse possunt & futuræ sperantur, ut id quod in utero est fructus futuri, in stipulationem deduci possunt. *l. 73. interdum. in pr. D. de V.O.* Extra commercium sive patrimonium sunt res sacra, religiosa, res universitatis: *de quibus sup.lib 2.tit.1.l.83. inter stipulantem.§.5 sacram & l.137. continuus. §.6. cum quis sub hac.D.de V.O.* Item liber homo. *d.l.103.liber.D.de V.O.* Nec obstat quòd hæ res vendi possunt, & emptori ignoranti contra venditorem actio ex empto datur. *l.4.& 2.seqq.l.70. liber. D. de contr. empt.*

Nam differentiæ ratio inter stipulationem harum rerum & emptionem hæc est, quia in stipulatione agitur de dando sive dominio transferendo. In emptione vero hoc non agitur, sed tantum ut rem habere liceat emptori, *de quo inf. ad tit. de empt.* Et valet harum rerum emptio venditio propter libertatem commerciorum. *arg.l.44.D.de usucap.* Porrò sæpè contingit, ut res aliqua sit quidē in aliorum commercio, non tamen ejus cōmercium habeat stipulator: quod hîc innuit Imp. Nihil autem nocet stipulatori etiamsi res non sit in commercio. *l 34. multum. D.de V.O.* v.g. Judæus non habet commercium mancipij Christiani *tit. C. Nè Christianum mancipium, &c.* Nec præses aut legatus rei provincialis. *l. 46. non licet. D.de contr.empt.* adeò ut præter mancipium novum in locum demortui in provincia emere non possit, teste Cicerone, nec dominus qui ea lege servum vendidit, ne in potestatem suam rediret. *§.ult.sup.de his qui sui.l.2.D eod l.1.§.ult. D.de quæst.* Ergo & harum rerum inutilis est stipulatio. Præterea inutilis est stipulatio, qua quis rem suam stipulatur sibi dari, *ùt hîc & l.29.scire.§.1.l.82.nemo. & l.87.nemo D.de V.O.fac.l.45.neq; pignus.D.de R.I.* nisi sub conditione & in eum casum, quo res stipulatoris esse desierit *l. 31. si rem. l. 98. existimo in pr. & arg. d.l. 87.D.de V.O.* ex qua sumptus est. *§.Item nemo.inf.h.t.* In quem casum emi potest. *l.61.existimo.D.de contr.empt.* Pretium quoq; rei suæ potest quis stipulari, item rem suam sibi restitui. *d.l 82.D.d.t.* Ratio cur rei suæ stipulatio non valeat, est, quia res quæ jam ante nostra est, amplius nostra fieri non potest. *§ sic itaq; inf. de act.l.159.* non ut ex pluribus. *D.de R.I.* In stipulationibus autem agitur de dando, id est, de dominio transferendo. *l.75.ubi.D.de V.O.l.ult.D.de cond.caus.dat.* Quid ergo si postea harum rerum conditio mutetur, id est, si res ex sacra fiat profana, si locus religiosus fiat purus, si res publica fiat privata, si homo liber fiat servus, si is qui antea rei commercium non habuit, postea id consequatur: si deniq; res sua stipulatoris esse desierit, convalescétne stipulatio, (quæ ab initio erat inutilis) quasi in pendente fuerit? Et respondet hîc Imp. id fieri non posse. Nam in stipulationibus ut valeant, initium & præsens tempus spectatur *l. 78. si filiusfam. l.83. inter §.sacram.l.137. continuus.§.6. cum quis. D. de V. O.fac.l 72. qui ext. §.4. Stichum.D.de solut.* nec potest tractu temporis sive ex post facto convalescere quod ab initio non constitit. *l. 29. quod initio.* D.R.I. Et pura stipulatio suspendi non

potest. *l.26.usufr.D.de stip serv.* Sed nec talium rerum sub conditione facta stipulatio valet: v.g. cum res sacra profana, liber homo servus factus fuerit dabis. §. *idem juris (vel §. Item contra) vers. at nec statim h.t.* Ubi & ratio, quia quæ sui natura dominio commercioque nostro exempta sunt, nullo modo, id est, nec purè nec sub conditione sive in aliquem casum, in obligationem deduci possunt, sed ea quæ subjici usibus dominioque nostro statim possunt, *ut ait Paul. d. l. 83. §. sacram.* ubi & hoc eleganter addit: Casum adversamque fortunam spectari hominis liber, neque civile esse neq; naturale. (Tristia non debemus expectare aut optare. Est enim hæc ἐπιχαιρεκακία) Nec secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio *d.l.137.§.6.cum quis.* Est etiam stipulatio quando, quæ ratione rei ab initio fuit utilis, postea fit inutilis atque extinguitur, si postea ea res sine facto & culpa vel dolo promissoris mutata fuerit & commercio exempta, id est, ex profana facta sit sacra vel religiosa, ex servo liber homo, vel ex aliena stipulatoris propria *d.l.83 §.sacram.D.de V.O. §. idem juris vers. item contra h.t.*

Nam sæpè etiam ea, quæ rectè constiterunt, resolvuuntur, cum in eum casum reciderunt, à quo non potuissent consistere. *l.98.existimo in fi. pr. D. de V.O. fac.l.71.Granius.D.de fideiuss.l.3.§.ult.D.de his quæ pro non script. hab. l.11. pro parte. D.de servit.l.136.§.1.D.de V.O.* Quanquam id non in omnibus verum est *l. pen. §. ult.D eod.* Non enim est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt. *l. 85. in ambigui. §.1. D.de R.I.* Exempla hujus rei sunt *in l.51 is qui. d. l.83. §. sacram. vers. nam & cum quis & §.6. si rem quam.l.98.existimo.D.de V.O.* Sed hæc potius ad *tit. de modis toll. obl* pertinent.

Ad §. Si quis alium. & §. seqq.

Ratione personarum inutilis est stipulatio, I. quæ ad alias personas refertur quàm stipulantis & promittentis. Nam cum inter stipulationem & promittentem negotium contrahatur, si quis alium daturum facturúmve quid promiserit, non obligatur. De se enim quemq; promittere oportet. Alienum vero factū promittendo nemo obligatur. *l.38. stipulatio ista.§.17. alteri.l.83.inter stip.in pr.de V.O.l.65 sicut reus.D.de fideiuss.* Ratio hujus regulæ est, quia culpa est, miscere se rei ad se non pertinenti. *l.36.culpa.D.de R.I.l.23.C.de testam.* Excipitur I. si quis promiserit se effecturum & curaturum, ut alter det faciàtve. Tunc enim utilis est stipulatio, cum is qui sic promittit, non alienum, sed proprium factum promittat, *ut hic vers. quod si.l.81.quotiens quis.D.de V.O.* II. Excipitur si is qui alienum factum promisit, etiam pœnam promiserit. *§.versa vice.inf.h.t.* ut, Titium centum aureos daturum spondes, & nisi dederit, te X. daturum. Hæc stipulatio utilis est. Secundò inutilis est stipulatio alteri facta. *§.si quis. & §. alteri. inf. h. t. l.38.stipul.ista.§.17.alteri D.de V.O.l.73.quo tutela.§.ult.D.de R.I.l.3.& 6.C.h.t.* Ratio 2. Quia ad inventæ sunt stipulationes, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest. *d.l.38.§.alteri.* 3. Quia factum alienum non est in nostra potestate, & sui lucri causa quis cum aliquo contrahit. *l.25.actionum §.1.D. de O. & A.* Atqui ut alteri

alteri detur vel fiat nihil interest stipulatoris. Hujus quoque regulæ aliquot sunt exceptiones. I. enim si ejus, qui alteri stipuletur, intersit, alteri dari. §. *sed etsi quis. inf. h t. d. l. 38. §. 20. si stipuler alij. & §§. seqq. D de V. O.* ubi aliquot casus afferuntur quibus interesse potest stipulatoris: eosque diligentissimè explicat Borcholt. *de verb. oblig cap. 4. num. 22. usque ad* 29. II. Exceptio est, nisi is qui alteri stipulatur, pœnam adjecerit: Quo casu valet stipulatio pœnæ etiamsi nihil intersit stipulatoris: non enim hîc amplius quæritur, an ejus intersit, sed quanta sit pecunia pœnæ loco promissa. *d. §. alteri. vers. planè. inf. h t. d. l. 38. §. alteri. D. de V. O. l. 38. D. de arbitris.* Sicut posteaquam juratum est non amplius quæritur an debeatur. §. *item si quis postulante. inf. de act.* Qui locus de pœnalis stipulationis effectu, (quod scil. convalidet eam quæ aliàs esset inutilis) observandus est, & addendus iis, quæ *sup. d. ad §. ult. tit. de V. O.* III. Est exceptio, nisi quis ei stipulatur, cujus juri subjectus est, vel quem in potestate sua habet. Servus enim domino & filiusfam. patri suo, vel contrà, stipulari potest. *d. §. si quis alij. h. t d. l. 38. stipulatio ista. §. alteri. l. 3. 9. dominus. l. 130. quod dicitur. de V. O.* Qua de re dictum est sup. *ad tit. Per quas person. & ad tit. de stip. serv.* Ex quo perspicuum est regulam superiorem de extraneis intelligendam esse. Unde rectissim. rescripserunt Dioclet. & Maximin. *in l. 3. C. h. t.* Alteri cujus juri quis subjectus non est, aliquid dari vel restitui stipulari nemo potest.

Ratio hujus exceptionis est, quia dominus servo & pater filiofam. non est verè alter sive extraneus, sed quasi idem, propter summam vim & arctissim. nexum potestatis tàm paternæ quàm dominicæ. Quin etiamsi filius servo stipuletur, patri acquirit. *l. 40. si filius. D. de v. o.* Sed hîc observandum, si filiusfam. sub conditione stipulatus sit, etiamsi conditio extiterit filio suo juris facto, adhuc tamen illam stipulationem patri acquiri. Cum alud sit receptum in legato conditionali quod non patri, sed ipsi filio acquiritur post emancipationem. *l. 18. quæ legata. D. de reg. jur. l. 78 si filiusfam. D. de v. o.* Cujus differentiæ ratio ab aliis alia adfertur. Mihi Giphanij probatur: tum quia stipulatio sit juris. *l. 27. si unus. §. 2. pactus. D. de pactis.* Legatum vero sit facti, quia est donatio. Jam quæ facti sunt, pendent ex circumstantiis, id est, ex die & conditione spectanda sunt, *arg. l. 32.* D. *de usur. l. pen.* D. *de diut. temp. præscr.* tum quia legatum pendet ex voluntate testatoris, quæ cum sit ambulatoria usque ad mortem. *l.* 4. D. *de adim. leg. l. 32. cum hic status. §. 2.* D. *de donat. inter vir & uxor.* non ita statim acquiritur patri quod legatur filio, ut quod filius stipulatur: cum in stipulatione spectetur initium. *d l. 78. l. 144. non omne. §. 1.* D. *de R. I. l. 26.* D. *de stip. serv.* Non solum autem filiusfam. patri & servus domino sed & vice versa dominus servo, & pater filiofam. stipulari potest. *d. §. si quis alij. vers. Ei verò qui iuri. h. t. l. 39. dominus servo. & l. 56. cum qui ita. §. 2. qui sibi aut filio. cum §. seq.* D. *de v. o. l. 1. C. de contr. stip.* Summa enim conjunctio inter has personas facit, ut vox patris tanquam vox filij intelligatur, & contrà, ut Imp. ait, *d. vers. verò*, ubi quod addit in his rebus, quæ tibi acquiri possunt, dupliciter intelligi potest: vel secundum distinctionem peculiorum & bonorum, *de qua sup. ad tit. per quas personas*, ubi dictum, non omnia per filium patri acquiri, vel etiam secundum *d. l. 130.* D. *de v. o.* de iis, quæ sunt juris, non de iis, quæ sunt facti.

Emancipato autem filio, quia is jam pro extraneo est, inutiliter stipulatur pater. *l.26.si quis.de jur.dot.* IV. Exceptio est, nisi quis conjunctim & sibi & alteri stipuletur extraneo, cujus juri subjectus non sit, ut, mihi & Titio centum dare spondes? Hoc enim casu non quidem totum debetur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, sed tamen dimidiam partem ipsi acquiri placuit. *d. §. si quis alij. vers. quod si quis sibi.* Ratio est, quia utile per inutile non debet vitiari. *l.1. §.5. sed si mihi.* D. *de V.O. c 37. utile.de R.I. lib.6.* Est autem hæc stipulatio partim utilis, respectu scilicet personæ stipulatoris, partim inutilis, ratione scilicet alterius. Sed quid si res sit ejusmodi, quæ divisionem non recipiat? Resp. tum debebitur tota. *l.proprium.* D. *comm.præd.l.64.fundus.* D. *de contr.empt.* Et hæc de eo casu, quo quis sibi & alteri stipulatur: oratione scilicet copulativa: Quod si disjunctiva, sibi aut alteri: ut Mihi aut Sejo dare spondes: hujus stipulationis effectus hic est, ut obligatio quidem acquiratur stipulatori, solutio vero in extraneam personam conferatur, adeò ut ei solvi possit etiam invito & prohibente stipulatore. *d.§.si quis alij. vers. planè.h.t.*

Dicitur autem hic extraneus, in quem solutio confertur, Adjectus: quia scilicet solutionis causa in stipulatione adjiciatur. *l.59.si ita stipulatus.* D. *de solut.* Videatur de eo & *l.55. cum quis sibi. & l.seq. § qui sibi aut filio.* D. *de V.O. l.95. Stichum.§.5.quæsitum.* D. *de solut. l.7. sed etsi. §.1.* D. *de pec constit.* Stipulatori porrò contra adjectum, cui fortè solutum est, mandati actio datur ad id repetendum, ut hîc Imp. ait. Mandâsse enim ipsi saltem tacitè hoc videtur, ut quod ex solutione accepisset, redderet. *l.131. Iulianus.§.1.* D. *de v o.l.98.qui res.§ 5.qui stipulatus.* D. *de solut.*

V. Exceptio est in pupillo, qui vel absens est, vel fari non potest. Jure enim singulari in favorem ejus receptum est, ut si is servum non habeat proprium, vel servus publicus, vel etiam quivis alius ejus nomine stipulari possit, Rem pupilli salvam fore. *l.2.3.4.in pr.* D. *Rem pup.solu.for.* Indeq; pupillo acquiritur obligatio & actio. Nec tantum per servum, sed etiam per tutorem stipulantem Rem pup.salu.for. ipsi pupillo obligatio acquiritur. Bart.Bl.Castr.Jas.Zas.&c. *ad l. stipulatio ista. §.alteri* D. *de u.o.* Addunt vulgò & alias exceptiones: ut de Notarij stipulatione: & de jurejurando tali stipulationi factæ adjecto. De priori vid. Hottom. *lib.4.observat.cap.6.* ubi contra Br.Guid.Pap. & alios pragmaticos disputat De posteriore etiam dixi aliquid *in commentario de differ Iuris civilis & Pontificij.*

Ad §. Item inutilis.

Sequuntur aliæ stipulationes, quæ ratione personarum sunt inutiles. Et primò quidem inutilis est stipulatio, si alter contrahentium, putà, vel stipulator vel promissor alterius juri & potestati subjectus sit. Nam neque servus à domino, neque filiusfam. à patre sibi stipulari potest: neque etiam illis stipulantibus promittere. Idem juris est & in aliis contractibus, ut scilicet ex illis neque pater filio aut dominus servo, nec contrà hi illis obligentur. Videretur enim propter arctiss. conjunctionem harum personarum, de qua sup. dict. unus idemque esse & creditor & debitor, quod natura fieri non patitur.

Est

Est & hæc ratio, quia lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus. *l.4.D.de judic.* Inutilis ergo est stipulatio, ex qua nulla datur actio. Etsi autem in eo similes sunt servus & filiusfam. quod neuter obligari potest domino vel patri: tamen si cum alijs contrahant, differunt. Nam servus ne extraneis quidem obligari potest. *l.43 obligari. in fi. D. de O.& A.* non enim potest deteriorem facere domini conditionem, *ut supr. d. ad init. tit. de stip. serv.* Filiusfam. vero alijs obligari potest. Est enim liber homo & civis Rom. ideoque ex omnibus caussis obligatur tanquam paterfam. *l. 39. filiusfam. D. de obl. & act.* Imò etiam cum patre contrahere potest de peculio castrensi & q. castrensi: hujus enim ratione fungitur vice patrisfam. *l. 2. D. de contr. empt. d. l. 4. in fi. D. de judic. l. 2. D. de SC. Maced.* quæ est altera inter filiumfam. & servum differentia.

Ad §. Mutum.

Præterea stipulari & promittere non possunt Mutus & surdus, furiosus, & qui ei comparari solet, prodigus: pupillus infans. Et primò quidem mutum nihil pertinere ad obligationem verborum, naturâ manifestum est, ut ait Cajus. *l.1. §. pen. D. de O. & A.* sive, ut hîc Imp. palam est.

Idemque etiam de surdo intelligendum est. Ratio hîc & *in d.l.1. & in l.1. D. de V.O.* redditur, Quia hi se invicem exaudire non possunt, quod in verb.obl. necessarium est. Verba enim hîc utrinque intervenire oportet, quæ neque mutus proferre neque surdus audire potest.

Mutus est non qui difficulter & impeditè loquitur, sed qui omni vocis usu destituitur. Et surdus est non (βαρυήκοος) qui difficulter & tardius audit, quẽ surdastrum Latini appellant, sed qui omninò non audit, *ut hic, & d. l. 1. in fi. de O. & A. §. item surdus. supr. Quib. non est permiss. fac. test. vide & l. 9. mutum. D. de ædil. ed.* Extat autem elegans jocus in Epigrammat. Græcis *lib. 2. Antholog.* de surdastris tribus, actore, reo & judice: quæ sic Joach. Camerarius vertit.

Surdastro litem surdaster moverat alter,
Hisq; aderat judex surdus utroque magis.
Insit hic: Ædiculæ quintum mihi pensio mensem
Debetur: Traxi noctu, ait ille, molam.
Aspicit hos judex, & Quid contenditis? inquit:
Est genitrix vobis, præstet uterq; cibum.

Sic mutus & surdus testamentum non possunt facere. *vlp. tit. 20. §. Mutus. de quo supr. d. ad §. item mutus. Quibus non est permis. fac. test.* Alios vero contractus, ubi voce opus non est, celebrare possunt *l. 124. ubi D. de R.I. Paul. lib. 2. tit. 17. §. mutus. ut* & donare possunt. *l. 33. qui id quod. §. 2. mutus. D. de donat.* Deinde furiosus non modò stipulari non potest, sed nec ullum aliud negotium gerere. Sive. g. stipuletur sive promittat, nihil agit, *ut hic & d. l. 1. §. 12. furiosum. D. de ob. & act. l. 70. si à reo. §. 4. si à furioso. D. de fidejuss. l. 5. D. de R.I.* In omnib⁹ enim contractibus atque etiam in stipulationibus requiritur consensus. *l.1. D. de pact.*

pact. l. 57. in omnibus. D de ob. & act. l. 137. §. 1. de V. O. At furiosi nullus est consensus, nulla voluntas. *l. 40. furiosi. D de R. I. l. 2. C. de contr. empt.* Et mente caret. §. *praeterea. sup. Quib. non est permiss. fac. test.* propter alienationem mentis legitimus ejus non potest intervenire consensus, ut ait *c. 24. dilectus ext. de sponsalibus.* Ideoque furiosus absentis & dormientis loco est. *l. 2 §. pen. D. de iu. codicill. l. 124. D. de R. I.* Inter absentes autem stipulatio contrahi non potest. §. *item verborum. infr. h. t. l. 1. in pr. D. de V. O.* Sed hæc intelligenda sunt de eo qui perpetuò furore affligitur. Nam furiosus qui intervalla habet, si sit major 25. annis quosvis contractus facere potest tempore intermissionis. *d. l. 2. C. de contr. empt.* ut etiam testari potest. *d. §. praeterea. supr. Quib. non est permiss. l. 9. C. qui test. fac. poss.* Diximus supr. furioso comparari prodigum sive eum, cui bonis interdictum est. *d. l. 40. D. de R. I. l. 1. D. de curat. fur. l. 12. his qui. §. ult. D. de tut. & curat. dat.* Est tamen quædam inter eos differentia. Nam prodigus stipulando sibi acquirit: tradere verò vel promittendo obligari non potest. *l. 6. is cui bonis. D. de V. O.* Ratio est, quia bonis ipsi interdictum est. Cur tamen alium sibi obligare possit, ratio hæc est, quia quod in favorem ejus introductum est, ut scilicet alienare & diminuere bona non possit non debet in ejus odium retorqueri. *l. 25. nulla. D. d. ll. l. 6. quod favore C eod.* Quod idem etiam de pupillo juris est, ut sine tutoris auctoritate acquirere sibi & alios obligare possit, alienare vero & obligari non possit, nisi cum tutoris auctoritate. *sup. de auct. tut.* Ac ne naturaliter quidē obligatur prodigus: Ideoq; etiam fidejussor pro eo intervenire nō potest. *d. l. 6. in fi. d. de V. O.* NB. Prodigo non ipso jure, sed per magistratum interdicitur bonis, quod tamen putat Donell.

De pupillo distinguendum est. Nam aut infans est (ad annum scilicet. 7. usque) *l. 18. in pr. C. de ju. de lib. l. 14. D. de sponsal.* aut infantiæ proximus est, aut pubertati proximus. Pubes enim jam factus sive Ephebus, non amplius dicitur pupillus, sed adolescens vel minor. Pupillus infans neque stipulari neque promittere potest, ne quidem tutore auctore. *l. 70. in fi. D. de V. O.* & ut maximè aliquid loquatur, tamen non intelligit quid loquatur, sive nullum habet intellectum, *ut hic & l. 1. D. de V. O.* Ideoque non multum à furioso distat. Possidere tamen rectè potest, si auctore tutore cœpit: quod utilitatis causa receptum est *l. 32. quamvis. §. ult. D. de acq. poss. l. 3. C. eod.* In eo qui infantiæ proximus est, id est, infantiam egressus est idem stricto jure dicendum esset, quia nec ipse, quid agat, intelligit, sed tamen utilitatis ejus causa benignior juris interpretatio facta est, ut scilicet stipulari & sibi acquirere possit, cum de ipsius commodo agitur, *ut hic & l. 1. §. huic proximus. D. de obl. & act. l. 6. servum. D. Rem pupilli salv. for. l. 9. D. de acquir. hered.* Pubertati proximus, id est, qui prope pubertatem est, ita ut ad eam complendam annus tantum, vel semestre ipsi sit reliquum, hic ergo omne negotium rectè gerit: sed ita, ut alios quidem sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate possit: ipse vero alijs obligari non possit, nisi tutore auctore. *l. 1. C. h. t.* quæ jam sup. exposita sunt *tit. de auct. tut.* Vide *& l. 5. & l. 189. pupillus. D. de R. I. l. ult. §. pupillus. D. de V. O.* Sed hìc notanda est differentia, inter impuberem, qui est in tutela (qui propriè pupillus dicitur. *l. 239. pupillus in pr. D. de V. S.*) & impuberem

berem, qui est in potestate patris. Nam ille tutore auctore obligari potest, ut modo d. iste patre auctore non obligatur, *ut hic. & l. ult. §. 2. pupillus. D. de V.O.* Ut ita hac in re plus valeat tutoris auctoritas quàm patris potestas. Ratio differentiæ est, quia pupillo semper cautum est contra tutorem suum, si fortè obligatio ipsi fuerit damnosa: filio contra patrem non item. Illi enim tutor actione tutelæ tenetur. At in patrem filio nulla competit actio ob rem male gestam, quare si patri tantum permitteremus ut posset filiumfam. obligare, sæpe male consultum foret filio, nullum adversus patrem habenti regressum. Dices patrem optimum consilium capere pro liberis *l. 22. nec in ea §. ult.* D. *ad L. Iul. de adult. l. ult. C. de jur. fur.* Resp. præsumptionem quidem hanc esse veruntamen eam cessare, si contrarium res ipsa loquatur, ut consilium paternum aberrans incipiat esse liberis nocivum.

Ita vulgò etiam recentiores, ut Duar. Donell. & Borcholt. Alij tamen aliter. Balduin. ita: Quia patria potestas non ad obligandum filium est comparata, ut auctoritas tutoris, sed ad alia.

Postremò hîc observetur comparatio, quam facit Imp. inter hæc 3. hominum genera: Mutum & surdum: furiosum: & pupillum. Furiosus enim nullum, pupillus omne negotium rectè gerit. Mutus & surdus quædam rectè gerunt, in quibus scilicet consensus sufficit: quædam non rectè, ubi scilicet voce & verbis etiam opus est.

Quæritur de minore sive adolescente, An obligetur ex stipulatu? Et respondet Modestinus *in l.* 101. D. *de V.O.* eum obligari, & quidem etiam sine curatorib. suis. Nec obstat. *l. 3. C. de in integ. rest. min.* non enim agit de nuda obligatione, *ut d. L.* 101. sed de alienatione rei à minore curatorem habēte facta ad implendum contractum. Hæc alienatio ipso jure nulla est: Quia minori curatorem habenti adempta est administratio rerum perinde ut prodigo: & translata ad curatorem. *l. 20. sciendum. D. de rit. nupt. l. R. in copulandis. C. de nupt.* Obligatio autem quia est jus & vinculum personæ, ideo adempta non est minori curatorem habenti, quia curator in personam ejus nihil juris habet, sed solam rei familiaris administrationem sustinet: ejusq; officium non in personæ minoris, sed in administratione negotiorum constat. *dd. ll.* Non rectè igitur Azo *in summa. C. h. t. nu.* 4. idem putat dicendum de minore curatorem habente, quod in pupillo. Putant quidam, Ratione adventitiorum bonorum posse hodie filium obligari auctore patre. Sed rectè eos reprehendit Alciat.

Ad §. Præterea inutilis, & §. Quoties plures.

Dictum est, quomodo ratione personarum inutiles sint stipulationes, qui locus latissimè patuit. Sequitur quomodo ratione formæ inutilis fit stipulatio. Id accidit, cum non respondetur convenienter ad interrogata. Debet. n. congruere resp. cum interrogatione, ut d. sup. ad definitionem stipulat. Si quis igitur ad ea quæ interrogatus fuerit non respondeat, sed respondendo vel adijciat aliquid vel detrahat obligationi seu interrogationi, semper vitiata est obligatio, *ut hic, & l. 1. §. 3. si quis simpliciter. vers. cum adjicit. D. de V.O.*

Ut

Ut si quis stipulanti X. aureos promittat V. vel contra stipulanti X promittat. X X. Item si stipulanti Pamphilum aliquis & Pamphilũ & Stichũ promittat, vel si 2. servos stipulanti unũ sponderit, vel etiã, si duos stipulanti sub disiunctione, ut Stichũ aut Pamphilũ dabis? respondeat, unũ dabo. Item si quis purè & simpliciter interroganti respondeat sub conditione, ut Dabo si illud factum erit vel contrà, si sub conditione vel in diem stipulanti, promittat purè, præsenti die. Item si quis interrogatus, Dabis intra Kal. quintas, respondeat Idibus dabo. *d. l. 1. d. de v. o. & l. 83. §. 2. eod. & Cajus lib. 2. tit. 9.* Excipitur I. Nisi stipulatori illicò placuerit diversitas responsionis. Tunc enim alia stipulatio contracta videtur. d. vers. cum adjicit. II. Excipitur, nisi id quod interrogatur etiam contineatur in eo quod respondetur, vel contrà, ut in XX. continentur etiam X. in X. continentur V. sive (ut vulgò dicitur) in majore summa continetur & minor. *d. l. 1. §. 4. si stipulanti. D. de v. o.* Tum enim etsi integrum debitum vacillat, ut ait Cajus, id est, licet ratione majoris summæ nulla sit obligatio, in minore tamen summa utilis est & valet stipulatio *d. l. 1. D. de v. o.* secundum quam intelligendus est *hic* §. noster. Cum enim traditum sit, tot esse stipulationes quot sunt res *l. 1. l. 29 fere. l. 75. l. 86. & l. pen. D. de v. o.* (sive summa, species, corpora,) & hic duæ sint stipulationes, quarum una utilis sit, altera inutilis: non debet utilis per inutilem vitiari *d. l. 1. §. 5. sed si mihi. D. de v. o.*

Aliud est in locatione & conductione, hîc enim nihil agitur, si ego X. tibi locem fundum, ut autem existimes, te V. conducere. *l. 52. si decem. D. Locati.* Notandum est autem, congruentem esse responsionem, etiamsi non eadem omnia in respondendo repetantur, quę stipulator expresserit interrogando, sed tantum simpliciter dicat, promitto. Videtur enim eodem modo promisisse, quo interrogatum est. & ad omnia stipulationis capita una commun responsione defunct⁹, *ut hic vers. nam: si hoc solum. §. quoties plures. inf. h. t. d. l. 1. §. 2. si quis ita & 134. Titia. §. ult. d. de v. o.* Notanda est etiam differentia inter stipulationem & contractus qui consensu fiunt. In his namque valet contractus etiamsi quis ad interrogationem non responderit, modò consentiatur in id, quod responsum est *l. 35. si stipulor. §. ult. d. de v. o.*

Ad §. Si impossibilis & §. Quod ex turpi causa.

Quartò, Ratione conditionis adjectæ nonnunquam inutilis est stipulatio. Dictum est *supr. §. omnis tit. de v. o.* Stipulationem non modò purè, sed etiam in diem & sub cõditióne rectè contrahi. Sed conditione ejusmodi adjici oportet, quæ impleri atque existere possit. Nam impossibilis conditio viciat non solum stipulationes, sed etiam alios contractus, *ut hic & l. 7. impoßibilis. d. de v. o. l. 1. §. 11. item sub impoßibili. & l. 31. non solum. D. de O. & A.*

Impossibilium enim nulla est obligatio, ut est in Regulis juris: Aliud est jus in testamentis, ubi si impossibilis conditio adjiciatur, vel heredis institutioni vel legato, &c. non vitiat vel institutionem vel legatum, sed pro non adscripta habetur. §. *sed impoßibilis. supr. de hered. instit.* ubi & rationem differentiæ exposuimus: de qua videatur & *Everhardus in Topic. leg. in loco à contractu ad ult. volunt.*

Est autem

Est autem impossibilis conditio, cum natura impedimento est quò minus existat, *ut hic Imp. definit. sive ut Paulus in l. 35. si stipulor. in pr. D. de v.o.* Quod natura fieri non concedit, ut si in cœlum ascenderis, si digito cœlum attigeris. Nō est ergo impossibile quod alius facere potest, etiamsi promissor non possit. *l. 137. §. 4. illud & §. seq. D. de v. o* Aliud enim est esse difficile, aliud impossibile. Causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet, hoc ad impedimentum stipulatoris, ut eleganter Venulejus *in d. l. 137. §. 4. illud.* Vulgò interpretes etiam turpem conditionem vocant impossibilem, cui scilicet jus, aut lex, aut boni mores impedimento sunt *arg. l. 38. & l. 137. §. cum quis. 6. D. de v.o. & l. 15. D. de cond. inst.*

Ubi elegantissimè Papinianus, quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) cōtra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Exempla turpis conditionis sunt, si homicidium, si sacrilegium, si furtum, vel aliud flagitium feceris, si sororem duxeris uxorem, si in foro nudus saltaveris, si divortium feceris, si heredem me non feceris, si matrimonium non contraxeris. *§. quod turpi. infr. h. t. & l. 26. cum l. seq. l. 38. §. 1. l. 61. l. 123. D. de v. o. l. 2. C. h. t.* Generaliter enim turpes stipulationes nullius sunt momenti. Turpes stipulationes intellige, in quas vel res turpis deducitur, vel quibus turpis adijcitur conditio, de quo propriè hîc agimus, de rebus enim suprà d. Et hoc commune est stipulationi cum alijs contractibus. Nam & Mandatum contra bonos mores non est obligatorium. *§. illud quoque infr. de mand.* & societas flagitij nulla est. *l. 53. D. pro soc.* Imò ne pacta quidem contra leges, bonos mores & æquitatem naturalem facta valent. *l. 7. §. ait prætor. & §. si ob maleficium. l. 27. §. 4. pacta. D. de pact. l. 31. verum est. D. de R. I. l. 4. ex eo. C. h. t.* Sed conditio impossibilis propriè dicta, id est, cui natura impedimento est, vel est in faciendo, vel in non faciendo. Et hæc quidem non vitiat, imò ne suspendit quidem obligationem, sed puram facit, ut ex ea statim peti possit, ut si quis dicat, si in cœlum non ascenderis, dabis? Hæc figura verborum conditio est, sed vi ipsa ac revera conditio non est. Certum enim ac necessarium est, neminem tāgere posse vel cœlum ascendere, *ut hic. & d. l. 7. cum l. seq. in fi. D. de v. o. l. 50. §. 1. D. de hered. inst.* Nam si conditio affirmativa sit impossibilis: eadem negativa erit certa ac necessaria. *Bart. & Dd. ad d. l. 7.*

Ad §. Item verborum & §. Si scriptum.

Inutilis præterea est stipulatio ratione loci & absentiæ. Inter absentes enim verborum obligatio contrahi non potest. *l. 3. in pr. C. h. t. l. 1. in pr. D. de v. o.* In quo differt stipulatio ab alijs contractibus in quibus præsentia opus non est, *ut infr. dicetur tit. de obl. quæ ex consensu. Paul. lib. 5. sent. tit. 7. §. verborum fac. l. 8. D. de duob. reis. l. 1. C. de contr. stip. & l. 134. §. pen. D. de v. o.* Ratio est, quia contrahentes se invicem exaudire debent, quod absentes non possunt, *ut supr. d. De surdo & muto* sive quia hic contractus fit verbis: verba autem propriè sunt præsentiū, sicut nuntij & literæ absentium. Imo etiamsi initio uterque fuerit præsens, si tamen is qui interrogavit, antequàm sibi responderetur discessit, inutilē efficit

 stipu-

stipulationem. *d.l.1.§.1.* Nec obstat. *l.57.ea qua D.de donat. int. vir.& ux.* Ubi stipulatio facta dicitur per epistolam. Potuit enim stipulatio inter præsentes facta postea literis comprehendi inter absentes Secundò non obstat, quod sponsalia fieri possunt inter absentes. *l.4.& 5. D. de sponsal.* Sponsalia autem fiunt per stipulationem. *l. 2. D.eod.* Quia hodie sufficit nudus consensus ad sponsalia, neque amplius opus est stipulatione ut olim *d.l.4.* Sed quid si alter dicat, se absuisse ab eo loco, ubi stipulatio facta dicitur, quomodo docebitur præsentes fuisse contrahentes? ℞. Creditur scripturæ, sive præsumitur pro instrumento, in quo scriptũ est partes præstò fuisse: donec contrarium probetur alijs argumentis, *ut hic, & l. 14.optimam C.de contr.stip.* Sic & alias statur instrumento, & omnia in eo scripta videntur sollenniter in eo esse acta. *§.si scriptum infr. h.t. Paul.lib.5.sent.tit.7. l.1. C. de contr.stip l.30.& l.134.§.pen.D.de V.O.§.ult.infr.de fidejussorib.* Et huc facit quod *infr.de literarum obligat.* dicetur. Quò pertinet *tit.D.& C. de fide instrum.* Notentur hîc duo probationum genera, Testes & instrumenta. *l.15.in exercendis. C de fid. instr.* Et Heliodorus *lib.* τῶ μαρτυριῶν αι μὲν.

Notandum & hoc, Delendum mihi videri verbum, Improbis. Nam certè non utitur improbis allegationibus, qui probare potest per testes vel scripturam , se vel adversarium alibi fuisse eo die, quo stipulatio facta esse dicitur, & proinde stipulatum non fuisse.

Ad §. Post mortem suam & seqq §§.

Stipulatio etiam ratione temporis & ratione ordinis inversi olim erat inutilis; hodie utilis est utraque. Primum enim jure veteri inutiliter quis & stipulabatur & promittebat post mortem vel suam vel alterius contrahentium: Item pridie quàm moreretur. Ratio juris veteris erat , quia olim obligatio & actio quæ non competijsset defuncto non poterat incipere à heredis persona , neque contra heredes, *teste Cajo lib.2. tit. 9.§. præterea.7.* Quæ regula juris vet. cum sit sublata *in l.unica.C.ut act. ab hered. & cont. hered. incip.* meritò etiam ejus effectus tàm in stipulationibus quàm in legatis sublatus est *l 11.scrupulosam. C. de contr.stip.* De quibus *d. in §. post mortem supr. de legat.*

Dices, pridie quàm moriar, non esse post mortem conceptam stipulationem, sed ante mortem, Quare ergo non utilis erat stipulatio? Resp. Ideo quia antequam quis mortuus sit, non potest sciri, quis sit dies pridie, quàm moreretur *Cajus.d.t.9.§.item inutilis.* Non poterat igitur stipulatio prodesse vivo, proindeque nec heredi ejus. Illa autem stipulatio, Dabis cum moriar, vel cum morieris? & olim erat utilis, & hodie valet multo magis. *§. ita autem.infr. h. t.* Hæc enim cõditio, cum moriar, vitæ tempus complectitur. *l.18.qui duos.D de manum. testa.* & potest existere vel ultimo momentò vitæ. *fac.l.9.C.de hered.instit.l.79.heres.D. de cond.& dem.* Videatur & Cujac. *lib.18.obs.& Gellius lib.6.* Illa quoque stipulatio, Post mortem alterius dabis? & olim erat & hodie utilis. *§. item post.h.t.* Ratio juris novi id est, Quare stipulatio post mortem sit utilis, quia stipulationes valent ex consensu contrahentium ut *hic* Imp. ait, id est, Libertas contrahentium non est hac in parte restringenda : ne propter nimiam subtilitatem verborum

borum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. *d. l. unica in fi. C. ut act. ab hered.* Notetur autem quod ait Imp. utilem fuisse olim stipulationem hoc modo conceptam, cum moriar dare spondes? non autem facere. Nam factum, ut ire Romam, inutiliter promittebatur in articulum mortis, utpote impossibile. Hodie sublata est hæc differentia *l. 13. & l. ult. C. de contr. stipulat.*

Quemadmodum autem is qui post mortem suam promisit, vel pridie quàm moreretur, vel cum morietur, obligatum relinquit heredem: & qui sic stipulatus est obligationem acquirit heredi: Ita & is qui sub conditione stipulanti promisit, si post mortem suam conditio extiterit, heredem obligatum relinquit, ut ab eo peti possit: Et vice versa, si stipulatus sit sub conditione, heres ejus agere potest. §. *pen. h. t.* Spes. n. debiti ex hac stipulatione ad heredem transmittitur, quod exposui *ad §. sub conditione vers. ex conditionali. supr. de V. O.*

Secundò, præposterè concepta stipulatio olim inutilis erat: ut si navis ex Asia cras venerit, hodie dabis? Præpostera est hæc stipulatio, quia hîc ante eventum conditionis oritur obligatio, quod repugnat naturæ conditionis, quæ est suspendere obligationem tàm diu donec impleatur ipsa.

Prius inquam oportet conditionem existere, quàm oriatur obligatio sub conditione contracta *ut sup. d. t. de obl. verb.* Sed Justinianus hanc stipulationē utilem fecit in omnibus negotijs, cum Leo Imp. illam tantum in dotibus admisisset, ut hîc dicitur. Movit autem Justinianum hæc ratio, quòd in contractibus non tàm verborum subtilitas quàm voluntas & mens contrahentium spectari debeat *d. l. unic. C. ut act. ab hered. in fi.* Sicut Leonem proculdubio favor dotis. Non statim tamen tanquam ex pura stipulatione peti potest, sed expectandus est eventus conditionis vel diei. *l. 25 C. de testa.* Ubi mentio fit hujus novellæ constitutionis Leonis, quæ intercidit.

Ad §. Si de alia re.

Septimò & ult. Inutilis est stipulatio ratione erroris & dissensus de re sive corpore. Nam si aliam rem intellexerit Stipulator, aliam promissor, nihil actum erit, sive nulla contrahitur obligatio: V. G. Si ego à te Stichum stipuler, tu de Pamphilo promittas, quem Stichum appellari credebas. Ratio, cur inutilis sit stipulatio talis, est, Quia stipulatio ex utriusque consensu perficitur & stipulatio quæ verbis fit, nisi consensum habeat, nulla est, *l. 1. §. pen. D. de pact. l. 83. inter stipulationem. §. 1. l. 137. continuus. §. 1. D. de V. O.* Est enim hoc generale in omnibus contractibus, ut in illis sit necessarius consensus. *d. l. 1. & l. 57. in omnibus. D. de O & A.* Consensui autem nihil tàm contrarium est quàm error. *l. 116. §. ult. D. de R. I.* Dissensio igitur illa facit, ut videatur non ad interrogatum esse responsum, sed aliter interrogatum & aliter responsum esse: Et ita hic modus vicinus est illi qui ratione formæ peccat: *de quo supr. d.* Sed hæc omnia intelligenda sunt de errore & dissensu in re sive corpore. Aliud est, si tantum in nomine, item in materia & qualitate seu substantia (ut æs pro auro, acetum pro vino, &c.) erratum sit, cum de corpore constaret, & in id uterque consentiret, tum enim placet stipulationem valere. *l. 22. si id quod aurum & l. 32. si in nomine. D. de V. O.*

Nihil enim facit error nominis, si de persona vel de re constit. *l. 5. § pen. D. de re. vind. 9. §. 1. D. de contr. empt.* Qua de re plura dixi *supr. tit. de legatis ad §. siquidem.* De errore explicari etiam solet *ad l. 36. cum in corpus.* D. *de acq. rerum dom. & l. 18. si ego. D. de reb. credit.*

Ad §. ult. Qui hoc anno.

Hic §. qui sumptus est *ex l. 42. D. de v. o.* non satis congruit ad tit. Non enim agitur in eo de stipulatione inutili, sed quando ex stipulatione utili agi possit: de quo jam sup. diximus *ad §. omnis. de v. o.* Idem est in pluribus annis, aut mensibus aut diebus, ut scilicet peti non possit, nisi omnibus ejus partibus elapsis. *l. 49. si in annos. D. de cond. & dem.* Porrò ijs modis inutilium stipulationum, quos Justinianus attulit, hic quoque addi potest, si conditio obligationis conferatur in arbitrium rei promittendi, v. g. Dabis XX. si voles. Nulla enim promissio consistere potest, quæ ex voluntate promittentis statum capit. *l. 17. stipulatio. & l. 108. ab Titio. §. ult. D. de v. o.* Et hoc generale est quarumlibet obligationũ. *l. 8. sub hoc. D. de O. & A. l. 13. in vendentis. C. de contr. empt. l. 7. D. eod.* Oportet enim in obligatione aliquem adstringi necessitate ad solvendum, *ut sup. d.* ad definitionem obligationis. Quæri potest, An etiam inutilis sit stipulatio dolo facta: ut siquis dolo aut metu inductus promiserit? Sed talis stipulatio ipso jure valet. *l. 5. dolo. C. h. t. l. si quis cum aliter. D. de V. O.* cum stipulatio sit stricti juris. *l. 99. quicquid. D. de V. O.* Infirmatur tamen per exceptionem doli vel metus: In quo notanda est differentia à contractibus bonæ fidei, qui ipso jure nulli sunt, si causam illis dederit dolus. *l. 7. §. non solum. & ibi. Dd.* D. *de dol. mal. l. 3. D. pro socio. Zas. ad §. actionum nu. 44. & 2. seqq. infr. de action.* Postremò quæritur, An inutilis stipulatio saltem habeat vim pacti, & an inducat obligationem naturalem? Sed verius est, eam neque vim pacti habere neque naturalem obligationem producere *arg. l. 6. D. de V. O. l. 29. & l. 70. si à reo. §. 4. si à furioso. D. de fid. instrum. l. 1. §. eum qui D. de constit. pecu.* Quibus in locis negatur fidejussorem accedere posse inutili stipulationi, non igitur ex ea oritur naturalis obligatio: cum constet, fidejussorem etiam naturali obligationi accedere, *de quo mox. tit. prox.* Nec obstat, quod acceptilatio inutilis utile habeat pactum. *l. 8. in pr. D. de acceptilatione.* Quia faciliores sumus ad liberandum, quod fit per acceptilationem, utpote imaginariam solutionem quàm ad obligandum *l. 47. D. de Obl. & Act.* Addunt vulgò exceptionem hanc, nisi inutilis stipulatio jurejurando fuerit confirmata. Everhard. *loco à vi juramenti.* Sed hoc probandum non videtur, *arg. l. non dubium. C. de ll.*

AD TIT. XX. DE FIDEJUSSORIBUS.

Absoluto tractatu de verborum obligationibus proximum jam erat, ut ad tertium genus contractus pergeremus, id est, ad Litterarum obligat. Sed priusquàm à stipulationibus abeamus, de fidejussoribus dicendum est, quod & *in D. & C. & apud Cajum. lib. 2. tit. 9. fit.*

Ideo

Ideo, quia fidejussor constituitur per stipulationem §. *ult. h. t. l. 8. in pr. §. pen. l. 16. §. item. l. 42. l. 47. l. 51. & 55. & passim D. h. t. l. 12. C. eod.* Et ut stipulatio firmandarum obligationum causa est recepta, ita & fidejussio, ut inf. intelligetur. Sed interest, quod fidejussor tantum pro alio intercedit & alieno nomine obligatur. Est enim fidejussoris obligatio accessoria. *l. 1. §. 8. sed aut proprio. D. de obl. & Act.* nec sine principali, saltem naturali obligatione subsistit, nec pro se quisquam fidejubet. *l. 21. hæres. §. servo. D. h. t.*

Videamus ordine hæc VI. capita. 1. De verbis in hac materia usitatis. 2. De usu ac fine fidejussorum. 3. Quibúsnam obligationibus accedant. 4. Quomodo & ad quid obligentur tàm ipsi quàm eorum hæredes. 5. Quomodo conveniantur, & quid juris sit in pluribus fidejussoribus. 6. Qua actione ipsis contra principalem debitorem sit consultum. Ad hæc enim capita totus ferè hic tit. accommodari potest.

I. Fidejussor itaque dicitur, qui sua fide ac periculo esse jussit quod alteri creditum est. *arg. §. pen. inf. h. t. & l. 8. D. h. t.* & cujus fidem creditor sequitur, sive qui auctor & suasor est ut alteri quid credatur. Jubere enim veteres pro suadere ac velle usurpabant: *teste Hot. in parat. Iur. civil.* (Hinc in rogationibus legum duo ista ἐκ παραλλήλου jungebantur: Velitis jubeatis Quirites, &c.) sive qui fidem suam pro alio astringit & obligat. *l. 1. C. h. t. l. 27. bona fide. §. ult. D. ad SC. Vell. l. 28. Aurelius. §. 6. Legatum D. de lib. legat.* Dicitur & Appromissor. *ut l. 5. §. 2. satis acceptio. D. de u. o. l. 43. in omnib. D. de solut. l. 64. si v. §. 4. sed etsi. D. solut. matr.* Quia accessionis loco promittit. *l. 34. hi qui. D. h. t. & expromissor. §. per traditionem. vers. sed siquidem. sup de rerum divis.* Sed hic propriè est is, qui obligationem principalem in se transfert per novationem, liberato principali debitore, *ut sup. docui d. loco*: quod non fit in simplice fidejussore. Veteres fidejussorem vocabant sponsorem, *ut Seneca lib. 3. de benefic. c. 15.* Beneficia inquit, sine sponsore non damus: ut & spondere pro fidejubere in illo vulgato: sponde, noxa præstò est (ἐγγύα, πάρα δ' ἄτη, unus ex 7. sapientibus. Bürgen soll man würgen.) Præs quoque idem valet quod fidejussor, dictus quasi præsens, ut putat *Cujac. parat. C. h. t.* vel à præstando, ut *Varro lib. 4 & 5. de ling. lat.* Hinc illa prædibus & prædiis cavere. Mandatores etiam affines sunt fidejussoribus, unde in *tit D. & C.* cum fidejussoribus conjunguntur: Differunt tamen primum in eo, quod fidejussor alieno, Mandator proprio nomine obligatur. 2. Quòd mandator non modò præsens, sed etiam absens mandare potest, cum solo consensu contrahatur mandatum: Fidejussor non nisi præsens constitui potest: cum stipulatio non possit contrahi inter absentes: §. *item verborum, sup. t. prox.* Dicitur & intercessor passim. Sed hoc verbum latius patet. *arg. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dentur in verb. fidejuss. vel alius intercessor.* Intercedere enim vel intervenire pro alio dicitur fidejussor, *ut in l. 1. & 2. C. ad SC. Vellejan.*

Plurimum autem ab his omnibus differt Adstipulator: quo utitur Cicer. *Epist. ad Octavi.* Est enim is qui stipulanti accedit, idemq; stipulatur, quo firmiora sint pacta & conventa, magisque cauta & rata: sive qui præter stipulatorem interrogat atque stipulatur. Lex vet. προσεπερωτητής. Ac erant in foro Rom. circum

cum argentarias homines, qui quæstum ex hac opera astipulandi facerent, præstóq; essent stipulantibus & paciscentibus, de quo vide *Turneb. Advers.16.c.8.* Secundò de usu ac fine fidejussorum videamus. Est autem planè idem qui pignorũ, *de quo sup. ad §. ult. tit. quib. mod. re contrah. oblig.* Nimirum securitas creditorum, ut eo tutius ipsis debeatur, quod in obligationem deductum est, ut ait *l.1. §.8. D. de obl. & act.* sive ut tanto melius cautum sit creditori, qui quasi duabus anchoris innixus suum consequi possit à fidejussore, si forte principalis debitor non sit solvendo, *ut hîc in pr. & §. ult. inf. de replic. l.1. §.8. sed aut proprio. D. de ob. & Act. adde l.1. D. qui satisd. cog.* Hinc fidejussor Græcè βεβαιωτὴς dicitur, quasi confirmator. *Nov.4.* Duo enim hæc sunt cautionum sive satisfactionum genera, Pignora & Fidejussores. *l.1. §.9. jubet. D. de coll. bon. l.9. §.3. omnis. de pig. act. l.4. §.8. addici. D. de fid. libert. l.21. promissor. §. ult. de pecu. constit.*

Ad §. In omnibus autem. & §. Fidejussor.

Tertiò. Accedere potest fidejussor omni obligationi sive in omnibus obligationibus assumi potest, *ut hic & l.1. l.8. gracè. §.1. & §. 6. & generaliter. D. eod.* Ante omnia igitur debitum sive obligationem principalem esse oportet, cui fidejussoria accedat. *l.16. fidejussor. §.3. fideiussor. D. h.t.* Si ergo nulla sit obligatio principalis, neque accessoria hæc subsistet. *l.6. D. de V.O. l.11. qui contra. l.29. l.37. l.56. & §.1. l.57. fideiussor. & l.70. si a reo. §.4. si a furioso. D. h. t. l. 6. D. de v. o. arg. l.129. nihil dolo. §.1. & l.178. cum principalis. D. de R. I. c. accessorium. de Reg. Iur. in 6.* Omnem obligationem intellige quamcunque & quomodocunque contractam obligationem, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu: ut hîc. Imò etiamsi ex delicto. *d. l.8. §.5. sed etsi. l.56. §. ult. l.70. § ult. D. h. t.* Quare quod sup. dixit Imp. pro eo qui promittit, intellige promittendi verbum non tantum de promissione in stipulantibus: sed generalius de quovis contractu. Non solum enim verborũ obligationi, sed & cuilibet alij accedere potest fidejussor. Excipitur dotis causa, pro cujus conservatione & restitutione maritus fidejussorem dare cogendus non est *l.1. & 2. C. ne fideiuss. vel mandatores dotium dentur.* Ratio duplex: tum quia causa perfidiæ generaretur inter conjuges: tum quia mulier se seipsam marito credidit: quod plus est, ergo & pecuniam ei ejusque patri multo magis credere debet etiam sine fidejussore. Habet tamen uxor pro dote sua tacitam hypothecam in bonis mariti, in qua omnibus ejus creditoribus præfertur, etiam anteriorem expressam habentibus. *l.12. ult. assiduis. C. qui pot. in pign. hab.* pro maleficio designando fidejussor dari non potest.

II. Excipitur obligatio ex delicto tali, ex quo actio popularis nascitur. *d. l.56 si quis. D. h. t.* Qua de re, hoc est, an & quatenus in criminalibus causis dari possit fidejussor. *vide l.3. & 4. D. de custod. & exhib. reorum Wesemb. in parat. D. h. t. num.4. Panorm. in c. legebatur. ext. de maior. & obed.* (NB. Imp. hîc tantum 2. facit species obligationis, tertiam omittit, quam vulgò perperam addunt, nempe obligationem civilem tantùm: quæ nulla est.)

Porrò quod dictum est, Fidejussorem assumi posse in omni obligatione, etiam ita intelligendum est, sive civilis & vera atq; efficax sit obligatio, sive naturalis tantum

tantum *ut hic. vers. at nec illud. l.16. fideiussor. §.3. fideiuss. l.60. ubicunq. D. h.t.* Item sive civilis sive ex jure honorario sit obligatio. *l.8. §. 2. pro eo. D.h.t.* Exemplum naturalis obligationis hîc affertur in servo: pro quo potest fidejussor obligari tàm domino quàm extraneo. Idem dicitur *l.35. cum fideiubeat. & l.70. si à reo. §.3. adeò. D.h.t.* Nec movere nos debet, quòd fidejussor pro naturaliter obligato acceptus etiam civiliter obligatur, ut ab eo peti possit, cum ab eo, qui naturaliter tantum obligatus est, plerumq; peti non possit, *ut sup. d. ad tit. de oblig.* Atq; ita videtur in duriorem causam teneri fidejussor quàm reus principalis *contra §. fideiussores. inf. h.t. & l.8. §.7. illud commune. l.34. hi qui. D. eod.* Sibinamq; imputet fidejussor quod spoponderit, cum posset non spondere. Neq; hoc dici potest teneri in duriorem causam, cum similiter teneretur reus principalis, qui naturaliter obligatus est, nisi impedimentum personæ obstaret: ex quo nasci obligationem naturalem sup. docui *ad tit. de obligat.* Non igitur durior, sed tantum firmior est obligatio fidejussoris. *Bodeus.* Denique tàm præcedenti quàm futuræ obligationi adhiberi potest fidejussor. *§. fideiussor & præcedere. inf. h.t. l.6. §. ult. D. h.t.* Quamvis si futuræ obligationi accedat, non ante conveniri possit quàm reus debeat. *l.57. fideiussor. D.h.t.* In quo notetur differentia fidejussoris à mandatore & constitutæ pecuniæ reo. Mandatum enim non potest sequi. *l.12. si verò. §. 14. si post. & ibi Accurs. in verb rectißime. D. Mand.* Constitutum non potest præcedere obligationem. *l.1. D. de const. pecunia.*

Ad §. 2. Fidejussor non tantum & §. 5. Item §. 7.

IV. obligatur fidejussor verbis sive per stipulationem, ut & sup. dict. Et ut stipulatio qualibet lingua contrahi potest. *l.1. §. 6. eadem. D. de v. o. l.8. in fi. D. de acceptil.* Ita & fidejussio. *§. græcè inf. h.t. & l.8. græcè. in pr. D. eod.* Obligatur autem ad idem, ad quod reus principalis. Quod hanc vim habet. I. ut in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non possit. *d l.8. §.8. si quis Stichum. l.42. si ita. D.h.t.* II. Ut non possit accipi in duriorem seu deteriorem causam. *l.8. §.7. illud commune. l.34. hi qui. D h.t.* Acceptus in causam duriorem intelligitur ita, ut plus debeat quàm reus principalis. Plus autem deberi 4. modis dicitur, ut inf. explicatur *ad §. si quis agens tit. de action.* Si g. principalis V. aureos debeat, non potest fidejussor ad X. obligari. Item si principalis in diem vel sub conditione sit obligatus, non potest fidejussor obligari purè, ut hîc in textu declaratur *& in l. 6. §.1. cum seq. & §. pen. D. eod.* Quid ergo si fidejussor in majorem summam acceptus sit, puta, si cum XX. essent in obligatione principali ipse promiserit XXX. Totáne fidejussio erit omninò inutilis, an tantum quoad summam eam, quæ excedit X quoad XX. verò valebit? Et ait Ulpian. *in d. §. illud commune.* omninò non obligari fidejussionem: quod Accurs. aliique ita acceperunt, quasi dixisset Ulp. totã hanc fidejussionem esse inutilem. (Ita ferè & Azo in summa Cod. quãvis fateatur, esse multa argumenta in contrarium.) Sed verius videtur, Fidejussionem valere quoad eam summam, quæ est in obligatione principali: ut in exẽplo proposito ad XX. Et tantum quoad X. esse inutilem. arg. eorum quæ *sup. d. ad §. præterea inutilis. tit. prox. & l.1. §.4. si stipulanti. D. de v. o. & arg. l. 34. sancimus. vers. si quid autem. & l. pen. § ult. C. de donat.* Et

Et ita Decius quoque sentit *in l.110.in eo quod plus num.12.& 13.D de R.I. allegans. l.11. hactenus in fi.D.de pec.constit.* [Et ita quidem olim tradidi. Sed hanc sententiam postea mutavi, quam vidi meliores rationes in contrarium apud Giphan. *Tract. de Fidejussoribus.*] In duriorem igitur causam fidejussor obligari non potest. Ratio est, quia non potest plus esse in accessione quàm in re principali. Est autem fidejussorum obligatio accessoria: ut sup. dict. In leviorem causam, id est, ut minus debeat fidejussor obligari potest, *ut hic vers. At ex diverso. d. l. 8.§. 7. illud.* ut si reus principalis XX. debeat, ipse in X. obligari potest: Item si rei obligatio sit pura, ipse sub conditione vel in diem obligari potest. Durior enim est obligatio pura quàm vel conditionalis, vel in diem: cum ex pura statim peti possit, ex conditionali & in diem non nisi cum conditio extiterit, vel dies venerit, ut sup. dictum *ad §.omnis. de u. o.* Notand. autem quod ait Imp. plus vel minus non tantum in qualitate, sed etiam in tempore intelligi. Et plus esse statim aliquid dare, minus esse post tempus dare. Sic vulgò dicitur. Bis dat qui citò dat. Senec. de Beneficiis. Contrà, qui tardius solvit quàm deberet, minus solvere intelligitur. *§. si quis agens. vers. Qua n. ratione. inf. de act. l.85.solidum.D.de solut. l.12.ut si cui. §. ult. D. de V. S.*

Quæ de fidejussoris ipsius obligatione diximus, eadem & de hæredibus dicenda sunt, cum non tantum ipse obligetur, sed etiam hæredem relinquat obligatum. *§. fidejussor non tantum.h.t.l.4.§.ult.* D. *h. t. l. 24. fidejussoris. C. eod. Cajus lib.2.tit.9.§.verbis.vers. Et non solum.* Omnis enim ex contractu obligatio & actio etiam ad hæredem transit. *l.49. ex contractibus.* D. *de o. & a. §. non autem. inf. de perp. & temp. act.*

Ad §. Si plures sint.

V. Conveniri potest Fidejussor actione ex stipulatu vel condictione certi, ut quilibet promissor, *arg. initij tit. de u.o. sup.* Et olim quidem jure Pand. & Cod. (ut vulgò dicimus) potestas erat creditori eligere & convenire fidejussorem, non solum pignoribus omissis. *l.2.& 17.C.h.t.* verum etiam relicto reo principali, nisi aliter convenisset. *l.3.l.5.l.19 & l.21. C. eod. Cic.lib.16.ad Att.* Sed hoc jus mutatum est *Nov.4.de fidejussoribus.* ubi constituit Justin. ut si uterque adsit, creditor prius exigat à reo principali, & si is non sit solvendo, tum demum fidejussorem convenire possit, ex qua *Nov.4.* sumpta est *Auth. præsente. C. h. t.* (*& auth. sed hodie. C. de ob. & act.* qua cavetur ut prius conveniantur fidejussores, quàm ad pignorum possessores perveniatur: cum antea esset in arbitrio creditoris Serviana convenire emptores & possessores pignorum omisso debitore, omissis ejus fidejussoribus. *l. ult. C. de o. & a.*) Et hoc vulgò appellatur Beneficium ordinis sive excussionis, quo potest fidejussor ante reum conventus postulare, ut initium fiat à reo principali, & is prius excutiatur, exceptis quibusdam casibus, de quibus Myns. *cent.2.obs.15.* V. g. Ei qui renunciavit huic beneficio, item non datur expromissori, de quo vide Geil. *lib.2.obs.28.in finib.* Legibus municipalibus Norimbergensium revocatum est Jus vetus: ut possit primò conveniri fidejussor *tit.19.l.1.* Est & aliud quod vocatur beneficium divisionis, quod pluribus fidejusso-

fidejussoribus datum est per Epistolam D. Adriani, de quo *in hoc* §. agitur. Etsi n. ex plurib. unius rei fidejussorib. singuli ipso jure in solidum obligantur: etsi item creditor à singulis, & à quocunque velit solidum petere potest; *ut hic. & l. 16. l. 25. C. h. t. l. 52. amissi. §. ult. D. de fidejuss.* etsi abeo quem convenit sibi non satis fiat, regressum habet ad cæteros ante litem contestatam: tamen ubi omnes sunt idonei & solvendo, in portionem obligatio dividitur, & cogitur creditor à singulis partes petere: Idque ex Epistola D. Adriani, *ut hic. & Paul. lib. 1. tit. 20.* Ex quo intelligimus, hoc beneficium fidejussorum etiam in Edictum perpetuum, (quod à Salvio Juliano collectum & compositum Hadrianus auctoritate sua comprobavit) relatum morum fuisse. *l. 2. C. de vet jur. enuc. & l. pen. C. de cond. indeb.* Et locum habet hæc divisio, etiam si unus purè, alter in diem vel sub condicione acceptus sit *l. 27. D. h. t.* Nec tantum fidejussorib. ipsis sed etiam hæredib. eorum competit *l. 27. si plures. §. 3. sicut. & l. 49. §. 1. D. h. t.* Idemque beneficium etiam competit plurib. Tutoribus. *l. 1. §. 11. & siquidem. cum §. seq. D. de tutel. & rat. distr.* Sed sciendum est, obligationem inter plures fidejussores non ipso jure dividi, verùm opposita exceptione: (si non & cæteri solvendo sint.) Hanc g. si omiserit fidejussor, qui unus ex plurib. convenitur, in solidum condemnabitur. *Cujac. ad Paulum d. loco. Donell. ad l. 3. nu. 2. C. h. t. per l. 26. inter. & l. 28. si. contendat. D. eod. l. 10. § 1. in verb. postulari solet. C. d. t. & inf. h. §. in verb. desiderare.* Deinde ita demum obligatio dividitur opposita exceptione, si omnes sint solvendo tempore litis contestatæ, ubi sunt omnes idonei, ut ait *l. 3. in fi. C. h. t.* Quod si quis ante partem à se exactam vel decesserit sine hærede, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad cæterorum onus respicit, *ut hic vers ideoq; & l. 26. inter. D. h. t.* Sin autem actione inter eos divisa aliqui post litem contestatam solvendo esse desierint, ea res non ad ejus qui solvendo est, sed ad creditoris onus pertinet. *l. 51. inter eos. §. pen. D. h. t.* Quid ergo, si fidejussor omissa exceptione hac [si non & cæteri solvendo sint] solidum solvat creditori, & reus principalis, pro quo fidejussit, fortè non sit solvendo, ut actionem mandati, quam contra ipsum habet ad recuperandum quod solvit. §. *si quid autem inf. h. t.* inanem reddat inopia debitoris? Resp. Fidejussoris solius, qui solvit, detrimentum hoc erit. A creditore partem repetere non potest. Is enim suum recepit, & solutio quantitatis indebitæ non debet revocari. *l. 49. §. 1. in fi. D. h t.* At, inquies, repetat à confidejussoribus? Resp. nullam habet contra eos actionem, nisi cessa sibi fuerit à creditore, cui solvit. *l. 39. ut fidejussor* D. *h. t. l. 11. cum alter C eod.* Dices, Atqui negotium confidejussorum utiliter gessit, dum scilicet solutione sua ipsos liberavit. Habebit. g. contra eos actionem negotiorum gestorum. *l. 2. D. de neg. gest.* Resp. Negotiorum gestorum actio tum demum datur, si principaliter ad utilitatem alicujus res gesta sit, non si per consequentias: *ut latius Donell. ad l. 11. cum alter. C. h. t.* Cautus ergo esse debet fidejussor, qui in solidum convenitur, & vel divisionem petere ex epistola D. Hadriani, vel priusquàm solvat petere, ut creditor actiones suas ipsi cedat, præstet, mandet, nomen debitoris vendat, vel etiam ut pignora, si qua habet, in ipsum transferat. *l. 17. fidejussorib. l. 41. si fidejussores. §. 1. D. h. t. l. 2. & l. 11. C. eod.* Imò non tantum ante solutionem, sed & post illam cre-

ditor adhuc compellitur actiones suas ipsi cedere, cum debitum à fidejussore accipiens, videatur nomen debitoris ipsi vendidisse. *l. 36. cum is qui D. h. t.* Cui non obstat. *l. 76. Modestinus. D. de solut.* non enim de fidejussorib. sed de tutoribus ea loquitur. (ut putavit Wes. & Schneidevv.) Tutori qui in solidum satisfecit pupillo post solutionem non ceditur actio: habet enim utilem actionem contra contutores, etiam sine cessione, qua proinde opus ipsi non est *l. 1. §. nunc tractemus.* D. *de tut. & rat. distr.* Fidejussori vero contra confidejussores nulla actione consulitur. Huic igitur ut actio cedatur à creditore etiam post solutionem, æquitas suadet. Quod autem hac in re differre putat Donell. *ad l. 11. C. h. t.* mandatores à fidejussoribus *per l. 28. Papinianus.* D. *Mandati*, assentiri ipsi non possum. Sunt tamen aliquot casus, quibus beneficium divisionis locum non habet: ut I. Si fidejussores ei renunciaverint: Id quod facere possunt ex regula generali, qua quisque favori suo renuntiare & jure suo non uti potest: *in l. pen. C. de pact.* Renunciatio ea vel expressè fit, cum dicunt se divisione ex Epistola Hadriani non usuros: vel tacitè ipso facto, si videlicet patiatur quis à se solidum exigi neque exceptionem opponat. Non videntur autem renuntiâsse divisioni, si singuli se in solidum obstringant. Cum enim ipso jure hoc insit obligationi: superflua est ea clausula, nec mutat conditionem juris. *l. 3. C. h. t.*

II. Non potest desiderare divisionem fidejussor. si inficiatus sit fidejussionem, & postea mendacij convincatur. Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum. *l. 10. si dubitet. §. 1. D. h. t.* An autem ex hac causa etiam amittatur beneficium est excussionis, anceps est quæstio: cujus in utrámque partem rationes & auctoritates refert *Antoninus Tessaurus Decis. 50.* III. Beneficium divisionis tollitur exemptione confidejussorum, ut in *l. 48. si Titius. D. h. t.*

IV. Divisio non habet locum inter fidejussorem principalem & ejus fidejussorem. *l. 27. § ult.* D. *h. t.* non etiam habet locum inter plures diversorum debitorum fidejussores. hi enim confidejussores non sunt. *l. 43. si à Titio. D. h. t.*

V. Non habet locum in plurib. fidejussoribus, qui pro tutore promiserunt, Rem pupilli salvam fore. Id efficit favor pupilli: contra quem beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est: quia ipse non contraxit sed in tutorem incidit & ignorat omnia *l. ult.* D. *Rem pup. salv. fore.* Videatur tamen hac de re *l. 6. & 7. D. de fidejussorib. vel mandatorib. tut. vel curat.* postremò hic notandum, Epistolam D. Adriani productam esse à fidejussoribus etiam ad constitutæ pecuniæ reos. *l. ult. C. de const. pec.*

Ad §. Ult. Si quid autem.

Cum nemini officium suum damnosum esse debeat. *l. 7. sed si quis* D. *Testam quemadm. aper. l. 61. si servus. §. 5. quod v. D. de furt. l. 140. absentia. D. de Reg. Iur.* æquissimum est fidejussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem, alioquin dispendium quis pateretur, unde videtur potius præmium meruisse. *c. 2. ext. De fidejussoribus.* Ait igitur Imp. Mandati actionem (contrariam scilicet) habere fidejussorem contra debitorem ad recuperandum id, quod pro eo solvit. Cur mandati actio detur fidejussori, ratio redditur *in l.*

47. D. de

47.D.*de cond.ind.* Quia videtur reus principalis id ipsum ei mandâsse, ut suo nomine solveret. Idemque de hac actione & alibi passim dicitur. quod intelligendum est de eo casu, si pro ipso mandante, vel præsente & tacente fidejusserit. *l.6.§.2.si passus.l.18 qui patitur.D.mandati.l.14.C.h.t.* Nam si pro absente negotia gessit actio negotiorum gestorum ipsi competit. *l.20.§.1.& l.53.qui fide.D.mand.*

Utraque nominatur *in l.4.in pr. D. h. t. &* dicitur fidejussor pro ea accipi posse. Notandum autem quod hîc dicitur & *in l. 14. in pr. D. mand.* Si quid pro reo solverit *& in l. 6. Mand.* post exolutam pecuniam. Nam regulariter ante solutionem fidejussor contra reum nullam actionem habet. Ideoque agens contra debitorem principalem probare debet, se pro ipso ex caussa fidejussoris solvisse. Idem tamen juris est, si pecuniam in jure obtulit, obsignavit & deposuit. *l.56.qui mutuam.§.1.D.mand.* hæc enim idem cum solutione valent. *ut infr. tit. ult. dicetur.* Imò etiamsi solverit pro eo ante diem, expectare debet diem, quo eum solvere oportuit.

Prius enim mandati non aget. *l. 31.si fidejussor.* D.*h.t.l.22.si mand. vero. in pr.& §.1.l 51.fidejussor.D.Mand.* Sunt tamen quidam casus, quibus etiam antequam solverit fidejussor agere potest. ut si fidejussor condemnatus sit. II. Si fidejussor bona sua dilapidare debitorem post fidejussorem comperiat. III. Si reus diu in solutione cessaverit. IV. Si ab initio ita convenerit ut etiam ante solutionem reus teneretur. De quib. vde *l.6.& l.10.C. mand. & ibi Azo in summa nu.27. vers. nec enim magis. item c. ult.ext.de fidejus.* Plures etiam casus addit *And. Geil. lib.2.obs.cap.29.* Hæc autem actio etiam hæredib. datur *l.14.D. mand.* Sunt etiam notandi aliquot casus, quib. fidejussori nulla prorsus contra reum actio datur, de quib. vide *l.6.§.2.si.passus.& l.40.si.pro te.l.53.*D.*eod.l.32. D.de pact. & Azonem in summa Cod.Mand.nu.28.29. & seqq.* ut 1. Si quis pro vetante & invito fidejusserit: potest enim quisque etiam pro ignorante fidejubere. *l.30.fidejubere* D.*h.t.* sicut pro ignorante & invito solvere possumus. *l.39.solvendo D.de negot.gest.* 2. Si donandi animo fidejusserit. 3. Si fidejussor omisserit exceptionem, quam opponere creditori & potuit & debuit. Sciendum enim est exceptiones quæ reo competunt, etiam fidejussori prodesse & dari, eumque his uti posse etiam invito reo. *l.15.si stipulatus.in pr.& l.32.*D.*h.t.l.19.D.de Except.§. exceptiones. inf. de replicat.* V. G. si reus pactus sit cum creditore de non petendo, pactum hoc etiam fidejussori prodest. *l.21.§.ult.& l.32.quod dictum.D.de pact.* Etsi enim mandati actionem habet contra reum postquam solvit: tamen ipsius interest, pecuniam retinere potius quàm solutam stipulatori à reo repetere. *d.l.15.* (V. G. Si quis alteri sine causa stipulandi promisit, ipso jure tenetur: ideoque huic obligationi fidejussor accedere potest. Sed quia exceptio doli datur reo principali. *l. 2.§. 3. circa. D. de doli mali excep.* Eadem etiam fidejussori competit. *d.l.15.*) Alia Exempla sunt *in l.21.4.ult. cum.5.ll.seqq.D.de pact.& in l.47.indebitam. D.de cond. indeb. l. 29.D. Mand.* Ut ergo sibi imputare debet, si omittat exceptionem divisionis: de quo sup. d. ita & hîc sibi imputabit, nec actionem mandati habebit. Notanda tamen hîc est distinctio exceptionum tradita *in l.7.exceptiones.D.de except.*

Quædam enim personæ cohærent: quædam rei: quarum hæ etiam fidejussori competunt; illæ non item. Deinde quædam sunt exceptiones honestæ, quædam minus honestæ. his etiamsi usus non sit, tamen mandati agit. *l.* 10. *idemq.* §. *pen.* D. *Mand.* Quid si fidejussor exceptione usus sit, & tamen injuriâ judicis damnatus. Resp. si culpa sua injustæ damnationis causam præbuit, dum scilicet sciens & prudens auxilium appellationis omisit, nihil ipsi præstabitur jure mandati *l.* 67. *exceptione. D. h. t. l.* 8. *si procuratorem.* §. 7. *si ignorantes. &* §. 8. *quod. &* D. *Mandati.* 4. Non habet fidejussor actionem mandati ad id repetendum quod solvit supra summam: in quam ut fidejuberet rogatus est *l.* 33. *ragatus* D. *Mand.* Nam qui fines excessit, non habet actionem contra mandantem vltra id, de quo mandatum est §. *is qui exequitur. inf. de Mand.* Sic ergo primum consulitur fidejussori contra debitorem actione mandati vel negotiorum gestorum. Mandati inquam contraria: quæ habet hoc proprium, quod cum aliàs contrariæ actiones non infament, ipsæ condemnatum efficiat infamem. *l.* 6. *D. de his qui not. infam.* Potest deinde etiam pignorib. incumbere, si vel ab initio ita sibi prospexerit, ut pignore accepto fidejuberet. *l.* 9. *si rem.* §. 1. *D. de pign. act.* vel postea à creditore ipsi solventi cessa fuerint pignora. *l.* 14. *mandati. C. h. t.*

AD TIT. XXI. DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

A Contractibus, qui re fiunt, & qui verbis, pergit Imp. ad tertiam speciem contractuum, qui literis, sive ad literarum obligationem Qua species cur in D. omittatur infra dicetur. Diligenter autem distinguenda est vetus & hodie obsoleta litterarum obligatio à nova: secundum quam distinctionem duæ sunt hujus tit. partes. Et proinde rectè conceptus est tit. De literarum obligationibus, Et non, de litt. obligatione. Primum enim illa breviter non explicatur sed attingitur.

Deinde exponitur, quomodo quis hodie literis sive scriptura obligetur & de exceptione pecuniæ non numeratæ. De veteri. g. literar. obligatione sciendum, hunc contractum fuisse civilem, non minus quàm præcedens, stipulationis scilicet. Nam ut stipulatio sollennibus verbis, ita hæc litterarum obligatio solenni scriptura fiebat.

Deinde ut stipulatio firmandorum aliorum negotiorum causa comparata fuit: Ita & literarum obligatio priori causæ aut negotio confirmando adhiberi solebat, ut apparet *ex l.* 6. *lib.* 2. *Cod. Th. tit.* 4. Idque duob. modis fiebat: Vel ita ut contrahentes v. g. mutuam crediturus pecuniam cum accipiente ad argentarium (qui in foro mensam habebat, unde etiam mensularius & Trapezitæ pro argentario dicitur,) adiret, ab eoque in rationes suas ac tabulas referri peteret, tot vel tot illi ab illo esse credita & annumerata. Erat enim argentariorum munus publicũ, negotijs & contractib. civium inserviens, sicut ferè hodie est Notariorum. *l.* 10. *& paßim. D. de edendo.* Quo facto dicebatur obligatio fieri nominibus

nibus per mensæ scripturam sive per scriptionem, quod de re plura videantur *apud Hotomannum hic & in partit. Iur. Civil. & Cujac. lib. 22. obs. c. 4.* Vel Ita, ut debitor ipse in rationes seu tabulas domesticas ac privatas sese inscriberet, eas ve obsignaret. *Hotom. hic.* Hæc ratio contrahendi postea in desuetudinem abijt & syngraphis homines uti cœperunt. *l. 18. plures C. de fid. instrum.* Etsi enim nomina passim in jure nostro dicuntur alia tamen hæc sunt à priscis illis nominibus, quibus obligatio contrahebatur & quodlibet debitum significant.

Nova porrò litterarum obligatio est hujusmodi, ut is qui scripsit se accepisse & debere alteri, tanquam ab eo sibi numeratum, quod tamen revera non accepit, (ut quotidie homines spe futuræ numerationis tales syngraphas dare solent) hac scriptura quodammodo obligetur: cum pro instrumento præsumatur, *ut sup. d. ad. §. item verborum. tit. de inutil. stipul.* Sed ita tamen obligatur & condictione conveniri potest: ut intra biennium opponere possit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ olim usque ad quinquennium competebat, quæ exceptio per constitutionem principum introducta est. Hæc summa est hujus tit: unde apparet hanc obligationem non tàm litterarum esse quàm mutui, vel alterius negotij saltem præsumpti. Vel ut planius dicam, Scripturam hìc non tam ad obligationem quàm ad fidem & probationem valere. Neque enim scriptura qua cautum est accepta, quæ negantur tradita, obligare aliquem potest contra fidem veritatis *l. 6. C. de compens.* Atque hæc causa esse videtur, cur in D. nusquam literarum obligatio nominetur, sed tres tantum contractuum species recenseantur, Re, verbis, consensu. *ut l. D. de pact l. 1. §. 1. & l. 52. obligamur.* D. *de O. & Act. l. 1. §. 1. D. de fidejuss. l. 1. §. 1. D. de Novat.* Quod autem quidam putant. *l. 38. non figura. D. de O. & A.* pertinere ad hanc literarum obligationem, concedendum non videtur. Nam etsi non negem, Paulum hæc quæ ibi dicuntur, de veteri literarū obligatione scripsisse, de eaque hoc pronunciasse, quod non minus valeat obligatio, quæ fit scriptura, quàm quæ fit verbis sive stipulatione: & vim ejus non ex figura & ductu litterarum, sed ex sententia earum æstimandam esse: Hodie tamen ex mente Justiniani ea lex accipienda est de quovis contractu in scripturam redacto. Est enim scripturæ hic usus, non ut in instrumento res geratur, sed gesta facilius probetur *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid instru. l. 17. contractus. C. eod,* Et non tàm scriptura quàm veritas considerari solet. *l. 2. C. de emancip. lib. l. 6. neque scriptura. C. de compens.* Quia vero hìc mentio fit exceptionis non numeratę pecuniæ pauca de ea dicenda sunt: de quo extat *tit. 30. lib. 4. C. de non num. pecun.* & agitur de eadem *inf. §. idem juris. t. de exception.* vide de ea Oldend *clas. 4. act. 30.* Primum igitur sciendum est, Eam comparatam potissimum esse propter syngraphas, quibus mutuum acceptum esse scribitur, sed ab illis ad alia etiam instrumenta productam esse. Deinde sciendum est, Eam per constitutiones principum factam esse temporariam, cum olim esset perpetua & semper opponi posset: ut notat Cujac. *hic in pr.* & probatur *hic in verb. sæpissimè constitutum est. & in verbis. Ex principalib. constitutionib.* Tēpus autem ei præfixum est primò quidem quinquennij: ut apparet *ex fragm. Cod. Hermog. tit. De cauta & non numerata pecu.*

Postea vero biennij & quidem continui in. *l.14. In contractib. C. de non num. pecu.* ubi tempus ideo coarctavit Imp. ne creditores pecunijs suis diutius defraudentur: sicut è contrario tempora usucapionum dilatata sunt ideò, ne domini nimis citò rebus suis defraudentur. Si quis igitur intra biennium hanc except. non opponat, postea non audietur, sed condemnabitur tanquam acceperit & verus sit debitor, ac nequidem jusjurandum adversario deferre potest. *d. l.14. §. 3. illo. videlicet. C. h. t.* Dices, hoc iniquum esse si forte is qui chirographum accepit, intra biennium non agat, sed malitiosè differat actionem, donec tempus exceptioni præfinitum elabatur, ad agendum autem cogi non possit. *tit. C. ut nemo invitus agere vel accusan. cogatur.* Atque ubi non est actio, ibi neque exceptioni locus est: cum exceptio nihil aliud sit quàm actionis exclusio. *l.2. D. de except.* Resp. hoc casu si alter non agat, potest is qui chirographum dedit, scripto denuntiare ei, qui accepit, & testari sibi nihil numeratum esse: vel si is absit, potest coram judice querelam non numeratæ pecuniæ interponere, & singrapham suam repetere per condictionem certi. *l.7. si q. cum. 2. seqq. l. 14. §. 4. In omni v. cum auth. hanc a. querelam C de non num. pecu. l. ult. C. de cond. ex l. ge. arg. l. 3. D. de cond. sine causa.* Atque ita hæc exceptio perpetuatur; sicut & actiones per litis contestationem fiunt perpetuæ. Habet autem hæc exceptio locum I. etiam contra eas cautiones sive scripturas, quæ sacramenti mentionem habent, id est, etiamsi reus in illis juraverit, se pecuniam à creditore accepisse. *l. ult. C. d. t.* (Eadem conditio tacitè intelligitur in jurejurando, quæ est in obligatione principali. *Bart. ad d. l. ult.*) II. Etiamsi stipulanti quis pecuniam promiserit. *l. 9. C. d. t.* III. Etiamsi pignus dederit. *l. 1. & 3. C. eod.* IV. Etiamsi quis in chirographo tempore contractus renuntiârit huic except. Eadem enim fragilitate inducitur aliquis ad renuntiandum huic exceptioni, qua dat chirographum: Et solent qui pecunia egent scribere cautiones ad nutum & voluntatem creditoris, & quidvis fateri ac polliceri, ut pecuniam accipiant. Eadem ratio est, cur lex commissoria in pignorib. improbata sit. *l. ult. C. de pact. pign.* Hæc igitur renuntiatio nullum habet effectum (quam tamen Notarij apponere solent.) Aliud est, si quis post intervallum renuntiet. Tunc enim exceptionem opponere non potest. Ita Bart. *ad l.3. in fi. C. d. t. & Cantiunc. hic.* V. Locum habet non tantum contra privatam sed etiam publicam sive à Tabellione confectam scripturam: nisi Notarius in ea affirmet, coram se & testib. pecuniam numeratam vel alias res datas fuisse. Tum enim ei locus non est. *Bartolus. d. loco. post. Accurs.* VI. Datur hæc exceptio non tantum reo principali, sive ei qui chirographum dedit, sed etiam ejus fidejussorib. mandatorib. & creditorib. alijs. *l.12. tam mandatori. & l. pen. C. d. t.* Notandi etiam sunt aliquot casus, quibus exceptio ea vel prorsus denegatur, vel breviori tempore concluditur.

Casus, quibus denegatur, tres exponuntur. *in d. l. 14. §. 1. vers. Ideoq.* cujus pars est *l. ult. C. de apochis pub. lib. 10.* Casus illi sunt: 1. In instrumento depositionis certarum rerum 2. in securitatib. (apochis) publicarum functionum seu tributorum. 3. In apochis post confectionem dotalium instrumentorum de dote vel pro parte vel in solidum soluta datis. 4. Casus est, si quis fidem cautionis agno-

agnoscens partem sortis vel usurarum jam solverit. Is enim nimium ta[illegible] querelam de non numerata pecunia defert. *l. 4. cum fidem. C. de non nu. pecu.* V. In eo quod promissum est transactionis causa stipulanti. *l. 11. transactionis. C. d.t.* sicut transactionis causa tum non potest repeti tanquam indebitum. *l. 65. §. 1. D. de cond. indeb.* VI. in mutuo argentarij. *Nov. 136 extrema.* VII. Addunt, quod non habeat locum exceptio contra confessionem à testatore in testamento factam. *Accurs. & alij ad l. 1. C de fal. causa adi. Cant tunc. & alij hic. Ias. ad l. si pecuniam. D. si cert pet.* Breviori tempore terminatur, id est 30. dieb. sive uno mense, in apochis (Securitatib. Quietans) privatorum debitorum. *d. l. 14. §. 2. super cæteris.* Contrà sunt quædam personæ, quibus etiam ultra biennium hæc exceptio datur, ut minores, item absentes reip. causa, de quib. Accurs. *ad d l. 14. in fi. pr. verb. potituris. C d. t.* Quò pertinet quod quidam volunt, Etiam post biennium dari hanc exceptionem reo, si is paratus sit in se recipere probationem non numeratæ pecuniæ, cum aliâs petitor probare compellatur numerationem esse factam. *l. 3. C. d. t.* Quæ sententia quamvis controversa sit inter Dd. probabilis tamen videtur Giphanio *disp. de mutuo. thesi 167.*

Notanda etiam est pœna, qua afficitur is qui propriam scripturam abnegat vel inficiatur numerationem: *de qua est auth. contra C. h. t.* quæ sumpta est *ex Nov. 18. c. 8.* Postremò ad verba hujus tit: ea quæ sunt: [& ex ea nascatur condictio,] quæritur, cum multæ sint species condictionum, quænam hîc intelligenda sit? Et Accurs. alijque eum secuti putant, esse condictionem ex lege *l. 14. C. d. t.* Sed verior mihi videtur sententia Giphanij *in Disp. de mutuo. th. 46.* condictionem hîc accipiendam esse certi ex mutuo.

AD TIT. XXII. DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

QUarta eaque ultima species obligationum ex contractu sunt quæ consensu contrahuntur: de quib. *hic & 4. titt. seqq.* ordine explicatur. Sumptus autem est hic tit: ferè totus *ex l. 2. D. de ob. & act.* Quam legem si conferas cum Instit. Caij, quæ hodie extant. *lib. 2. tit. 9. §. consensu.* videbis fragmenta tantum esse consuta & interpolata ab Aniano: non autem ipsas Caij institutiones. Dicuntur autem hi contractus (v. g. Emptio, venditio, locatio, conductio, societas & mandatum) consensu fieri, non quasi ab alijs contractib. consensum excludamus: In omnib. enim consensum requirimus. *l. 1. D. de pact. l. 57. in omnib. D. de O. & A.* Sed ideo, quia solus ac nudus consensus hîc sufficit: sufficit (inquit Imp. & Cajus *d. l. 2.*) eos qui negotia gerunt consentire. *l. 52. obligamur. §. pen. & ult. D. de O. & A.* In cæteris trib, contractuum generibus non sufficit nudus consensus: sed hoc amplius præter consensum vel scriptura necessaria est, ut in literar. obligatione, de qua modò d. t. præced. Vel præsentia & verba, ut in stipulatione sive V. O. quæ neque inter absentes neque sine verbis interrogationis & responsionis contrahi potest: *ut sup. d. ad. tit. de inut. stipul.*

Cum

cum argentarias homines, qui quæstum ex hac opera astipulandi facerent, præstóq; essent stipulantibus & paciscentibus, de quo vide *Turneb. Advers. 16. c. 8.* Secundò de usu ac fine fidejussorum videamus. Est autem planè idem qui pignorũ, *de quo sup. ad §. ult. tit. quib. mod. re contrah. oblig.* Nimirum securitas creditorum, ut eo tutius ipsis debeatur, quod in obligationem deductum est, ut ait *l. 1. §. 8. D. de obl. & act.* sive ut tanto melius cautum sit creditori, qui quasi duabus anchoris innixus suum consequi possit à fidejussore, si forte principalis debitor non sit solvendo, *ut hic in pr. & §. ult. inf. de replic. l. 1. §. 8. sed aut proprio. D. de ob. & Act. adde l. 1. D. qui satisd. cog.* Hinc fidejussor Græcè βεβαιωτὴς dicitur, quasi confirmator. *Nov. 4.* Duo enim hæc sunt cautionum sive satisfactionum genera, Pignora & Fidejussores. *l. 1. §. 9. jubet. D. de coll. bon. l. 9. §. 3. omnis. de pig. act. l. 4. §. 8. addici. D. de fid. libert. l. 21. promissor. §. ult. de pecu. constit.*

Ad §. *In omnibus autem. & §. Fidejussor.*

Tertiò. Accedere potest fidejussor omni obligationi sive in omnibus obligationibus assumi potest, *ut hic & l. 1. l. 8. græcè. §. 1. & §. 6. & generaliter. D. eod.* Ante omnia igitur debitum sive obligationem principalem esse oportet, cui fidejussoria accedat. *l. 16. fidejussor. §. 3. fideiussor. D. h. t.* Si ergo nulla sit obligatio principalis, neque accessoria hæc subsistet. *l. 6. D. de V. O. l. 11. qui contra. l. 29. l. 37. l. 56. & §. 1. l. 57. fideiussor. & l. 70. si a reo. §. 4. si a furioso. D. h. t. l. 6. D. de v. o. arg. l. 129. nihil dolo. §. 1. & l. 178. cum principalis. D. de R. I. c. accessorium. de Reg. Iur. in 6.* Omnem obligationem intellige quamcunque & quomodocunque contractam obligationem, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu: ut hic. Imò etiamsi ex delicto. *d. l. 8. §. 5. sed etsi. l. 56. §. ult. l. 70. § ult. D. h. t.* Quare quod sup. dixit Imp. pro eo qui promittit, intellige promittendi verbum non tantum de promissione in stipulantibus: sed generalius de quovis contractu. Non solum enim verborũ obligationi, sed & cuilibet alij accedere potest fidejussor. Excipitur dotis causa, pro cujus conservatione & restitutione maritus fidejussorem dare cogendus non est *l. 1. & 2. C. ne fideiuss. vel mandatores dotium dentur.* Ratio duplex: tum quia causa perfidiæ generaretur inter conjuges: tum quia mulier se seipsam marito credidit: quod plus est, ergo & pecuniam ei ejusque patri multo magis credere debet etiam sine fidejussore. Habet tamen uxor pro dote sua tacitam hypothecam in bonis mariti, in qua omnibus ejus creditoribus præfertur, etiam anteriorem expressam habentibus. *l. 12. ult. assiduis. C. qui pot. in pign. hab.* pro maleficio designando fidejussor dari non potest.

II. Excipitur obligatio ex delicto tali, ex quo actio popularis nascitur. *d. l. 56. si quis. D. h. t.* Qua de re, hoc est, an & quatenus in criminalibus causis dari possit fidejussor. *vide l. 3. & 4. D. de custod. & exhib. reorum Wesemb. in parat. D. h. t. num. 4. Panorm. in c. legebatur. ext. de maior. & obed.* (NB. Imp. hic tantum 2. facit species obligationis, tertiam omittit, quam vulgò perperam addunt, nempe obligationem civilem tantùm: quæ nulla est.)

Porrò quod dictum est, Fidejussorem assumi posse in omni obligatione, etiam ita intelligendum est, sive civilis & vera atq; efficax sit obligatio, sive naturalis tantum

tantum *ut hic. vers. at nec illud. l.16. fideiussor. §.3. fideiuss. l.60. ubicunq; D. h.t.* Item sive civilis sive ex jure honorario sit obligatio. *l.8. §. 2. pro eo. D.h.t.* Exemplum naturalis obligationis hîc affertur in servo: pro quo potest fidejussor obligari tàm domino quàm extraneo. Idem dicitur *l.35. cum fideiubeat. & l.70. si à reo. §.3. adeò. D.h.t.* Nec movere nos debet, quòd fidejussor pro naturaliter obligato acceptus etiam civiliter obligatur, ut ab eo peti possit, cum ab eo, qui naturaliter tantum obligatus est, plerumq; peti non possit, *ut sup. d. ad tit. de oblig.* Atq; ita videtur in duriorem causam teneri fidejussor quàm reus principalis *contra §. fideiussores. inf. h.t. & l.8. §.7. illud commune. l.34. hi qui. D. eod.* Sibi namq; imputet fidejussor quod spoponderit, cum posset non spondere. Neq; hoc dici potest teneri in duriorem causam, cum similiter teneretur reus principalis, qui naturaliter obligatus est, nisi impedimentum personæ obstaret: ex quo nasci obligationem naturalem sup. docui *ad tit. de oblig at.* Non igitur durior, sed tantum firmior est obligatio fidejussoris. *Bodem.* Denique tàm præcedenti quàm futuræ obligationi adhiberi potest fidejussor. *§. fideiussor & praecedere. inf. h.t. l.6. §. ult. D. h.t.* Quamvis si futuræ obligationi accedat, non ante conveniri possit quàm reus debeat. *l.57. fideiussor. D.h.t.* In quo notetur differentia fidejussoris à mandatore & constitutæ pecuniæ reo. Mandatum enim non potest sequi. *l.12. si verò. §. 14. si post. & ibi Accurs. in verb rectißime. D. Mand.* Constitutum non potest præcedere obligationem. *l.1. D. de const. pecunia.*

Ad §. 2. Fidejussor non tantum & §. 5. Item §. 7.

IV. obligatur fidejussor verbis sive per stipulationem, ut & sup. dict. Et ut stipulatio qualibet lingua contrahi potest. *l.1. §. 6. eadem. D. de v.o. l.8. in fi. D. de acceptil.* Ita & fidejussio. *§. graecè inf. h.t. & l.8. graecè. in pr. D. eod.* Obligatur autem ad idem, ad quod reus principalis. Quod hanc vim habet. I. ut in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non possit. *d l.8. §.8. si quis Stichum. l.42. si ita. D.h.t.* II. Ut non possit accipi in duriorem seu deteriorem causam. *l.8. §.7. illud commune. l.34. hi qui. D h.t.* Acceptus in causam duriorem intelligitur ita, ut plus debeat quàm reus principalis. Plus autem deberi 4. modis dicitur, ut inf. explicatur *ad §. si quis agens tit. de action.* Si g. principalis V. aureos debeat, non potest fidejussor ad X. obligari. Item si principalis in diem vel sub conditione sit obligatus, non potest fidejussor obligari purè, ut hîc in textu declaratur *& in l. 6. §.1. cum seq. & §. pen. D. eod.* Quid ergo si fidejussor in majorem summam acceptus sit, puta, si cum XX. essent in obligatione principali ipse promiserit XXX. Totáne fidejussio erit omninò inutilis, an tantum quoad summam eam, quæ excedit X quoad XX. verò valebit? Et ait Ulpian. *in d. §. illud commune.* omninò non obligari fidejussionem: quod Accurs. aliique ita acceperunt, quasi dixisset Ulp. totã hanc fidejussionem esse inutilem. (Ita ferè & Azo in summa Cod. quãvis fateatur, esse multa argumenta in contrarium.) Sed verius videtur, Fidejussionem valere quoad eam summam, quæ est in obligatione principali: ut in exẽplo proposito ad XX. Et tantum quoad X. esse inutilem. arg. eorum quæ *sup. d. ad §. praeterea inutilis. it. prox. & l.1. §.4 si stipulanti. D. de v.o. & arg. l. 34. sancimus. vers. si quid autem. & l. pen. § ult. C. de donat.* Et

Et ita Decius quoque sentit *in l.110. in eo quod plus num.12. & 13. D. de R. I. allegans. l.11. hactenus in fi. D. de pec. constit.* [Et ita quidem olim tradidi. Sed hanc sententiam postea mutavi, quam vidi meliores rationes in contrarium apud Giphan. *Tract. de Fidejussoribus.*] In duriorem igitur causam fidejussor obligari non potest. Ratio est, quia non potest plus esse in accessione quàm in re principali. Est autem fidejussorum obligatio accessoria: ut sup. dict. In leviorem causam, id est, ut minus debeat fidejussor obligari potest, *ut hic vers. At ex diverso. d. l. 8. §. 7. illud.* ut si reus principalis XX. debeat, ipse in X. obligari potest: Item si rei obligatio sit pura, ipse sub conditione vel in diem obligari potest. Durior enim est obligatio pura quàm vel conditionalis, vel in diem: cum ex pura statim peti possit, ex conditionali & in diem non nisi cum conditio extiterit, vel dies venerit, ut sup. dictum *ad §. omnis. de u. o.* Notand. autem quod ait Imp. plus vel minus non tantum in qualitate, sed etiam in tempore intelligi. Et plus esse statim aliquid dare, minus esse post tempus dare. Sic vulgò dicitur. Bis dat qui citò dat. Senec. de Beneficiis. Contrà, qui tardius solvit quàm deberet, minus solvere intelligitur. *§. si quis agens. vers. Qua n. ratione. inf. de act. l.85. solidum. D. de solut. l.12. ut si cui. §. ult. D. de V. S.*

Quæ de fidejussoris ipsius obligatione diximus, eadem & de hæredibus dicenda sunt, cum non tantum ipse obligetur, sed etiam hæredem relinquat obligatum. *§. fidejussor non tantum. h. t. l. 4. §. ult. D. h. t. l. 24. fidejussoris. C. eod. Cajus lib.2. tit.9. §. verbis. vers. Et non solum.* Omnis enim ex contractu obligatio & actio etiam ad hæredem transit. *l.49. ex contractibus.* D. *de o. & a. §. non autem. inf. de perp. & temp. act.*

Ad §. Si plures sint.

V. Conveniri potest Fidejussor actione ex stipulatu vel condictione certi, ut quilibet promissor, *arg. initij tit. de u. o. sup.* Et olim quidem jure Pand. & Cod. (ut vulgò dicimus) potestas erat creditori eligere & convenire fidejussorem, non solum pignoribus omissis. *l.2. & 17. C. h. t.* verum etiam relicto reo principali, nisi aliter convenisset. *l.3. l.5. l.19. & l.21. C. eod. Cic. lib.16. ad Att.* Sed hoc jus mutatum est *Nov.4. de fidejussoribus.* ubi constituit Justin. ut si uterque adsit, creditor prius exigat à reo principali, & si is non sit solvendo, tum demum fidejussorem convenire possit, ex qua *Nov. 4.* sumpta est *Auth. præsente. C. h. t.* (*& auth. sed hodie.* C. *de ob. & act.* qua cavetur ut prius conveniantur fidejussores, quàm ad pignorum possessores perveniatur: cum antea esset in arbitrio creditoris Serviana convenire emptores & possessores pignorum omisso debitore, omissis ejus fidejussoribus. *l. ult. C. de o. & a.*) Et hoc vulgò appellatur Beneficium ordinis sive excussionis, quo potest fidejussor ante reum conventus postulare, ut initium fiat à reo principali, & is prius excutiatur, exceptis quibusdam casibus, de quibus Mynf. *cent.2. obs.15.* V. g. Ei qui renunciavit huic beneficio, item non datur expromissori, de quo vide Geil. *lib.2. obs.28. in finib.* Legibus municipalibus Norimbergensium revocatum est Jus vetus: ut possit primò conveniri fidejussor *tit.19. l.1.* Est & aliud quod vocatur beneficium divisionis, quod pluribus fidejusso-

fidejussoribus datum est per Epistolam D. Adriani, de quo *in hoc* §. agitur. Etsi n. ex plurib. unius rei fidejussorib. singuli ipso jure in solidum obligantur: etsi item creditor à singulis, & à quocunque velit solidum petere potest; *ut hic. & l. 16. l. 23. C. h. t. l. 52. amissi. §. ult. D. de fidejuss.* etsi abeo quem convenit sibi non satis fiat, regressum habet ad cæteros ante litem contestatam: tamen ubi omnes sunt idonei & solvendo, in portionem obligatio dividitur, & cogitur creditor à singulis partes petere: Idque ex Epistola D. Adriani, *ut hic. & Paul. lib. 1. tit. 20.* Ex quo intelligimus, hoc beneficium fidejussorum etiam in Edictum perpetuum, (quod à Salvio Juliano collectum & compositum Hadrianus auctoritate sua comprobavit) relatum morum fuisse. *l. 2. C. de vet jur. enuc. & l. pen. C. de cond. indeb.* Et locum habet hæc divisio, etiam si unus purè, alter in diem vel sub conditione acceptus sit *l. 27. D. h. t.* Nec tantum fidejussorib. ipsis sed etiam hæredib. eorum competit *l. 27. si plures. §. 3. sicut. & l. 49. §. 1. D. h. t.* Idemque beneficium etiam competit plurib. Tutoribus. *l. 1. §. 11. & siquidem. cum §. seq. D. de tutel. & rat. distr.* Sed sciendum est, obligationem inter plures fidejussores non ipso jure dividi, verùm opposita exceptione: (si non & cæteri solvendo sint.) Hanc g. si omiserit fidejussor, qui unus ex plurib. convenitur, in solidum condemnabitur. *Cujac. ad Paulum d. loco. Donell. ad l. 3. nu. 2. C. h. t. per l. 26. inter. & l. 28. si. contendat. D. eod. l. 10. § 1. in verb. postulari solet. C. d. t. & inf. h. §. in verb. desiderare.* Deinde ita demum obligatio dividitur opposita exceptione, si omnes sint solvendo tempore litis contestatæ, ubi sunt omnes idonei, ut ait *l. 3. in fi. C. h. t.* Quod si quis ante partem à se exactam vel decesserit sine hærede, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad cæterorum onus respicit, *ut hic vers. ideoq. & l. 26. inter. D. h. t.* Sin autem actione inter eos divisa aliqui post litem contestatam solvendo esse desierint, ea res non ad ejus qui solvendo est, sed ad creditoris onus pertinet. *l. 51. inter eos. §. pen. D. h. t.* Quid ergo, si fidejussor omissa exceptione hac [si non & cæteri solvendo sint] solidum solvat creditori, & reus principalis, pro quo fidejussit, fortè non sit solvendo, ut actionem mandati, quam contra ipsum habet ad recuperandum quod solvit. §. *si quid autem inf. h. t.* inanem reddat inopia debitoris? Resp. Fidejussoris solius, qui solvit, detrimentum hoc erit. A creditore partem repetere non potest. Is enim suum recepit, & solutio quantitatis indebitæ non debet revocari. *l. 49. §. 1. in fi. D. h. t.* At, inquies, repetat à confidejussoribus? Resp. nullam habet contra eos actionem, nisi cessa sibi fuerit à creditore, cui solvit. *l. 39 ut fidejussor D. h. t. l. 11. cum alter C eod.* Dices, Atqui negotium confidejussorum utiliter gessit, dum scilicet solutione sua ipsos liberavit. Habebit. g. contra eos actionem negotiorum gestorum. *l. 2. D. de neg. gest.* Resp. Negotiorum gestorum actio tum demum datur, si principaliter ad utilitatem alicujus res gesta sit, non si per consequentias: *ut latius Donell. ad l. 11. cum alter. C. h. t.* Cautus ergo esse debet fidejussor, qui in solidum convenitur, & vel divisionem petere ex epistola D. Hadriani, vel priusquàm solvat petere, ut creditor actiones suas ipsi cedat, præstet, mandet, nomen debitoris vendat, vel etiam ut pignora, si qua habet, in ipsum transferat. *l. 17. fidejussorib. l. 41. si fidejussores. §. 1. D. h. t. l. 2. & l. 11. C. eod.* Imò non tantum ante solutionem, sed & post illam cre-

Mmm ditor

ditor adhuc compellitur actiones suas ipsi cedere, cum debitum à fidejussore accipiens, videatur nomen debitoris ipsi vendidisse. *l. 36. cum is qui D. h.t.* Cui non obstat. *l. 76. Modestinus. D. de solut.* non enim de fidejussorib. sed de tutoribus ea loquitur. (ut putavit Wes. & Schneidevv.) Tutori qui in solidum satisfecit pupillo post solutionem non ceditur actio: habet enim utilem actionem contra contutores, etiam sine cessione, qua proinde opus ipsi non est *l. 1. §. nunc tractemus. D. de tut. & rat. distr.* Fidejussori vero contra confidejussores nulla actione consulitur. Huic igitur ut actio cedatur à creditore etiam post solutionem, æquitas suadet. Quod autem hac in re differre putat Donell. *ad l. 11. C. h. t.* mandatores à fidejussoribus *per l. 28. Papinianus. D. Mandati*, assentiri ipsi non possum. Sunt tamen aliquot casus, quibus beneficium divisionis locum non habet: ut I. Si fidejussores ei renunciaverint: Id quod facere possunt ex regula generali, qua quisque favori suo renuntiare & jure suo non uti potest: *in l. pen. C. de pact.* Renunciatio ea vel expressè fit, cum dicunt se divisione ex Epistola Hadriani non usuros: vel tacitè ipso facto, si videlicet patiatur quis à se solidum exigi neque exceptionem opponat. Non videntur autem renuntiâsse divisioni, si singuli se insolidum obstringant. Cum enim ipso jure hoc insit obligationi: superflua est ea clausula, nec mutat conditionem juris. *l. 3. C. h. t.*

II. Non potest desiderare divisionem fidejussor. si inficiatus sit fidejussionem, & postea mendacij convincatur. Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum. *l. 10. si dubitet. §. 1. D. h. t.* An autem ex hac causa etiam amittatur beneficium est excussionis, anceps est quæstio: cujus in utrâmque partem rationes & auctoritates refert *Antoninus Tessaurus Decis. 50* III. Beneficium divisionis tollitur exemptione confidejussorum, ut in *l 48. si Titius. D. h t.*

IV. Divisio non habet locum inter fidejussorem principalem & ejus fidejussorem *l. 27. § ult. D. h. t.* non etiam habet locum inter plures diversorum debitorum fidejussores. hi enim confidejussores non sunt. *l. 43. si a Titio. D. h. t.*

V. Non habet locum in plurib. fidejussoribus, qui pro tutore promiserunt, Rem pupilli salvam fore. Id efficit favor pupilli: contra quem beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est: quia ipse non contraxit sed in tutorem incidit & ignorat omnia *l. ult. D. Rem pup. salv. fore.* Videatur tamen hac de re *l. 6. & 7. D. de fidejussorib. vel mandatorib. tut. vel curat.* postremò hic notandum, Epistolam D. Adriani productam esse à fidejussoribus etiam ad constitutæ pecuniæ reos. *l. ult. C. de const. pec.*

Ad §. Ult. Si quid autem.

Cum nemini officium suum damnosum esse debeat. *l. 7. sed si quis D. Testam quemadm. aper. l. 61. si servus. §. 5. quod v. D. de furt. l. 140. absentia. D. de Reg. Iur.* æquissimum est fidejussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem, alioquin dispendium quis pateretur, unde videtur potius præmium meruisse. *c. 2. ext. De fidejussoribus.* Ait igitur Imp. Mandati actionem (contrariam scilicet) habere fidejussorem contra debitorem ad recuperandum id, quod pro eo solvit. Cur mandati actio detur fidejussori, ratio redditur *in l.*

47. D. de

47.D.*de cond.ind.* Quia videtur reus principalis id ipsum ei mandâsse, ut suo nomine solveret. Idemque de hac actione & alibi passim dicitur. quod intelligendum est de eo casu, si pro ipso mandante, vel præsente & tacente fidejusserit. *l.6.§.2.si passus.l.18.qui patitur.D mandati.l.14.C.h t.* Nam si pro absente negotia gessit actio negotiorum gestorum ipsi competit. *l.*20.§.1.*& l.53.qui fide.*D.*mand.*

Utraque nominatur *in l.4.in pr. D. h. t. &* dicitur fidejussor pro ea accipi posse. Notandum autem quod hîc dicitur & *in l. 14. in pr. D. mand.* Si quid pro reo solverit *& in l. 6. Mand.* post exolutam pecuniam. Nam regulariter ante solutionem fidejussor contra reum nullam actionem habet. Ideoque agens contra debitorem principalem probare debet, se pro ipso ex caussa fidejussoris solvisse. Idem tamen juris est, si pecuniam in jure obtulit, obsignavit & deposuit. *l.56.qui mutuam.§.1.D.mand.* hæc enim idem cum solutione valent. *ut infr. tit. ult. dicetur.* Imò etiamsi solverit pro eo ante diem, expectare debet diem, quo eum solvere oportuit.

Prius enim mandati non aget. *l. 31.si fidejussor.* D.*h.t.l.22.si mandavero. in pr.& §.1.l 51.fidejussor.*D.*Mand.* Sunt tamen quidam casus, quibus etiam antequam solverit fidejussor agere potest. ut si fidejussor condemnatus sit. II. Si fidejussor bona sua dilapidare debitorem post fidejussorem comperiat. III. Si reus diu in solutione cessaverit. IV. Si ab initio ita convenerit ut etiam ante solutionem reus teneretur. De quib. vde *l.6.& l.*10.*C. mand. & ibi Azo in summa nu.27. vers.nec enim magis. item c. ult.ext.de fidejus.* Plures etiam casus addit *And. Geil. lib.2.obs.cap.29.* Hæc autem actio etiam hæredib. datur *l.14.D. mand.* Sunt etiam notandi aliquot casus, quib. fidejussori nulla prorsus contra reum actio datur, de quib.vide *l.6.§.2.si.passus.& l.40.si.pro te.l.53.*D.*eod.l.32. D.de pact. & Azonem in summa Cod.Mand.nu.28.29. & seqq.* ut 1. Si quis pro vetante & invito fidejusserit: potest enim quisque etiam pro ignorante fidejubere. *l.30.fidejubere* D.*h.t.* sicut pro ignorante & invito solvere possumus. *l.39.solvendo D.de negot.gest.* 2. Si donandi animo fidejusserit. 3. Si fidejussor omiserit exceptionem, quam opponere creditori & potuit & debuit. Sciendum enim est exceptiones quæ reo competunt, etiam fidejussori prodesse & dari, eumque his uti posse etiam invito reo. *l.15.si stipulatus.in pr.& l.32.*D.*h.t.l.19.D.de Except.§.exceptiones.inf. de replicat.* V. G. si reus pactus sit cum creditore de non petendo, pactum hoc etiam fidejussori prodest. *l.21.§.ult.& l.32.quod dictum.*D.*de pact.* Etsi enim mandati actionem habet contra reum postquam solvit: tamen ipsius interest, pecuniam retinere potius quàm solutam stipulatori à reo repetere. *d.l.15.* (V. G. Si quis alteri sine causa stipulandi promisit, ipso jure tenetur: ideoque huic obligationi fidejussor accedere potest. Sed quia exceptio doli datur reo principali. *l. 2.§. 3. circa. D. de doli mali except.* Eadem etiam fidejussori competit. *d.l.15.*) Alia Exempla sunt *in l.21.4.ult.cum.5.ll.seqq.D.de pact.& in l.47.indebitam. D. de cond. indeb. l. 29.D. Mand.* Ut ergo sibi imputare debet, si omittat exceptionem divisionis: de quo sup. d. ita & hîc sibi imputabit, nec actionem mandati habebit. Notanda tamen hîc est distinctio exceptionum tradita *in l.7.exceptiones.D.de except.*

Quædam enim personæ cohærent: quædam rei: quarum hæ etiam fidejussori competunt; illæ non item. Deinde quædam sunt exceptiones honestæ, quædam minus honestæ. his etiamsi usus non sit, tamen mandati agit. *l.* 10. *idemq.* §. *pen.* D. *Mand.* Quid si fidejussor exceptione usus sit, & tamen injuriâ judicis damnatus. Resp. si culpa sua injustæ damnationis causam præbuit, dum scilicet sciens & prudens auxilium appellationis omisit, nihil ipsi præstabitur jure mandati *l.* 67.*exceptione.D.h.t.l.8.si procuratorem.*§.7.*si ignorantes.&* §.8.*quod.&* D.*Mandati.* 4. Non habet fidejussor actionem mandati ad id repetendum quod solvit supra summam: in quam ut fidejuberet rogatus est *l.* 33. *ragatus* D. *Mand.* Nam qui fines excessit, non habet actionem contra mandantem vltra id, de quo mandatum est §. *is qui exequitur. inf. de Mand.* Sic ergo primum consulitur fidejussori contra debitorem actione mandati vel negotiorum gestorum. Mandati inquam contraria; quæ habet hoc proprium, quod cum aliàs contrariæ actiones non infament, ipsæ condemnatum efficiat infamem. *l.6.D. de his qui not. infam.* Potest deinde etiam pignorib. incumbere, si vel ab initio ita sibi prospexerit, ut pignore accepto fidejuberet. *l.9.si rem.*§.1. *D.de pign. act.* vel postea à creditore ipsi solventi cessa fuerint pignora. *l.14.mandati.C.h.t.*

AD TIT. XXI. DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

A Contractibus, qui re fiunt, & qui verbis, pergit Imp. ad tertiam speciem contractuum, qui literis, sive ad literarum obligationem Qua species cur in D. omittatur infra dicetur. Diligenter autem distinguenda est vetus & hodie obsoleta litterarum obligatio à nova: secundum quam distinctionem duæ sunt hujus tit. partes. Et proinde rectè conceptus est tit. De literarum obligationibus, Et non, de litt. obligatione. Primum enim illa breviter non explicatur sed attingitur.

Deinde exponitur, quomodo quis hodie literis sive scriptura obligetur & de exceptione pecuniæ non numeratæ. De veteri. g. literar. obligatione sciendum, hunc contractum fuisse civilem, ~~non minus~~ quàm præcedens, stipulationis scilicet. Nam ut stipulatio sollennibus verbis, ita hæc litterarum obligatio solenni scriptura fiebat.

Deinde ut stipulatio firmandorum aliorum negotiorum causa comparata fuit: Ita & literarum obligatio priori causæ aut negotio confirmando adhiberi solebat, ut apparet *ex l.6.lib.2.Cod.Th.tit.*4. Idque duob. modis fiebat: Vel ita ut contrahentes v.g. mutuam crediturus pecuniam cum accipiente ad argentarium (qui in foro mensam habebat, unde etiam mensularius & Trapezitæ pro argentario dicitur,) adiret, ab eoque in rationes suas ac tabulas referri peteret, tot vel tot illi ab illo esse credita & annumerata. Erat enim argentariorum munus publicũ, negotijs & contract b. civium inserviens, sicut ferè hodie est Notariorum. *l.*10.*& passim.* *D. de edendo.* Quo facto dicebatur obligatio fieri nominibus

nibus per mensæ scripturam sive per scriptionem, quod de re plura videantur *apud Hotomannum hic & in partit. Iur. Civil. & Cujac. lib. 22. obs. c. 4.* Vel Ita, ut debitor ipse in rationes seu tabulas domesticas ac privatas sese inscriberet, eas ve obsignaret. *Hotom. hic.* Hæc ratio contrahendi postea in desuetudinem abijt & syngraphis homines uti cœperunt. *l. 18. plures C. de fid. instrum.* Etsi enim nomina passim in jure nostro dicuntur alia tamen hæc sunt à priscis illis nominibus, quibus obligatio contrahebatur & quodlibet debitum significant.

Nova porrò litterarum obligatio est hujusmodi, ut is qui scripsit se accepisse & debere alteri, tanquam ab eo sibi numeratum, quod tamen revera non accepit, (ut quotidie homines spe futuræ numerationis tales syngraphas dare solent) hac scriptura quodammodo obligetur: cum pro instrumento præsumatur, *ut sup. d. ad. §. item verborum. tit. de inutil. stipul.* Sed ita tamen obligatur & condictione conveniri potest: ut intra biennium opponere possit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ olim usque ad quinquennium competebat, quæ exceptio per constitutionem principum introducta est. Hæc summa est hujus tit: unde apparet hanc obligationem non tàm litterarum esse quàm mutui, vel alterius negotij saltem præsumpti. Vel ut planius dicam, Scripturam hìc non tam ad obligationem quàm ad fidem & probationem valere. Neque enim scriptura qua cautum est accepta, quæ negantur tradita, obligare aliquem potest contra fidem veritatis *l. 6. C. de compens.* Atque hæc causa esse videtur, cur in D. nusquam literarum obligatio nominetur, sed tres tantum contractuum species recenseantur, Re, verbis, consensu. *ut l. D. de pact l. 1. §. 1. & l. 52. obligamur.* D. *de O. & Act. l. 1. § 1. D. de fidejuss. l. 1. § 1. D. de Novat.* Quod autem quidam putant. *l. 38. non figura. D. de O. & A.* pertinere ad hanc literarum obligationem, concedendum non videtur. Nam etsi non negem, Paulum hæc quæ ibi dicuntur, de veteri literarũ obligatione scripsisse, de eaque hoc pronunciasse, quod non minus valeat obligatio, quæ fit scriptura, quàm quæ fit verbis sive stipulatione: & vim ejus non ex figura & ductu litterarum, sed ex sententia earum æstimandam esse: Hodie tamen ex mente Justiniani ea lex accipienda est de quovis contractu in scripturam redacto. Est enim scripturæ hic usus, non ut in instrumento res geratur, sed gesta facilius probetur *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid instru. l. 17. contractus. C. eod,* Et non tàm scriptura quàm veritas considerari solet. *l. 2. C. de emancip. lib. l. 6. neque scriptura. C. de compens.* Quia vero hìc mentio fit exceptionis non numeratę pecuniæ pauca de ea dicenda sunt: de quo extat *tit. 30. lib. 4. C. de non num. pecun.* & agitur de eadem *inf. §. idem juris. t. de exception.* vide de ea Oldend *clas. 4. act. 30.* Primum igitur sciendum est, Eam comparatam potissimum esse propter syngraphas, quibus mutuum acceptum esse scribitur, sed ab illis ad alia etiam instrumenta productam esse. Deinde sciendum est, Eam per constitutiones principum factam esse temporariam, cum olim esset perpetua & semper opponi posset: ut notat Cujac. *hic in pr.* & probatur *hic in verb. sæpissimè constitutum est. & in verbis Ex principalib. constitutionib.* Tẽpus autem ei præfixum est primò quidem quinquennij: ut apparet *ex fragm. Cod. Hermog. tit. De cauta & non numerata pecu.*

agnoſcens partem ſortis vel uſurarum jam ſolverit. Is enim nimium tar*è* querelam de non numerata pecunia defert. *l.* 4. *cum fidem. C. de non nu. pecu.* V. In eo quod promiſſum eſt tranſactionis cauſa ſtipulanti. *l.* 11. *tranſactionis. C. d.t.* ſicut tranſactionis cauſa tum non poteſt repeti tanquam indebitum. *l.* 65. §. 1. *D. de cond. indeb.* VI. in mutuo argentarij. *Nov.* 136 *extrema.* VII. Addunt, quod non habeat locum exceptio contra confeſſionem à teſtatore in teſtamento factam. *Accurſ. & alij ad l.* 1. *C de fal. cauſa adi. Cantiunc. & alij hic. Iaſ. ad l. ſi pecuniam. D. ſi cert pet.* Breviori tempore terminatur, id eſt 30. dieb. ſive uno menſe, in apochis (Securitatib. Quietans) privatorum debitorum. *d.l.* 14. §. 2. *ſuper cæteris.* Contrà ſunt quædam perſonæ, quibus etiam ultra biennium hæc exceptio datur, ut minores, item abſentes reip. cauſa, de quib. Accurſ. *ad d l.* 14. *in fi. pr. verb. potituris. C d. t.* Quò pertinet quod quidam volunt, Etiam poſt biennium dari hanc exceptionem reo, ſi is paratus ſit in ſe recipere probationem non numeratæ pecuniæ, cum aliàs petitor probare compellatur numerationem eſſe factam. *l.* 3. *C. d. t.* Quæ ſententia quamvis controverſa ſit inter Dd. probabilis tamen videtur Giphanio *diſp. de mutuo. theſi* 167.

Notanda etiam eſt pœna, qua afficitur is qui propriam ſcripturam abnegat vel inficiatur numerationem: *de qua eſt auth. contra C. h. t.* quæ ſumpta eſt *ex Nov.* 18. *c.* 8. Poſtremò ad verba hujus tit: ea quæ ſunt: [& ex ea naſcatur condictio,] quæritur, cum multæ ſint ſpecies condictionum, quænam hîc intelligenda ſit? Et Accurſ. alijque eum ſecuti putant, eſſe condictionem ex lege *l.* 14. *C. d. t.* Sed verior mihi videtur ſententia Giphanij *in Diſp. de mutuo. th.* 46. condictionem hîc accipiendam eſſe certi ex mutuo.

AD TIT. XXII. DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

QUarta eaque ultima ſpecies obligationum ex contractu ſunt quæ conſenſu contrahuntur: de quib. *hic &* 4. *titt. ſeqq.* ordine explicatur. Sumptus autem eſt hic tit: ferè totus *ex l.* 2. *D. de ob. & act.* Quam legem ſi conferas cum Inſtit. Caij, quæ hodie extant. *lib.* 2. *tit.* 9. §. *conſenſu.* videbis fragmenta tantum eſſe conſuta & interpolata ab Aniano: non autem ipſas Caij inſtitutiones. Dicuntur autem hi contractus (v. g. Emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas & mandatum) conſenſu fieri, non quaſi ab alijs contractib. conſenſum excludamus: In omnib. enim conſenſum requirimus. *l.* 1. *D. de pact. l.* 57. *in omnib. D. de. O. & A.* Sed ideo, quia ſolus ac nudus conſenſus hîc ſufficit: ſufficit (inquit Imp. & Cajus *d. l.* 2.) eos qui negotia gerunt conſentire. *l.* 52. *obligamur.* §. *pen. & ult. D. de O. & A.* In cæteris trib, contractuum generibus non ſufficit nudus conſenſus: ſed hoc amplius præter conſenſum vel ſcriptura neceſſaria eſt, ut in literar. obligatione, de qua modò d. t. præced. Vel præſentia & verba, ut in ſtipulatione ſive V. O. quæ neque inter abſentes neque ſine verbis interrogationis & reſponſionis contrahi poteſt: *ut ſup. d. ad. tit. de inut. ſtipul.*

Cum

cum hi contractus etiam inter absentes fieri possint, & à surdis. *dd. ll. & l. 48. In quibuscunque D. de O. & A.* vel denique datio seu numeratio: ut in contractibus qui re fiunt: de quib. *sup. tit. Quib. mod. re contrah. oblig.* Atque hæc prima est inter hos contractus & superiores differentia: quod scilicet in illis non sufficit nudus consensus, sed præter eum aliquid amplius requiritur: In his Sufficit. II. differunt in eo, quod superiores contractus non omnes ultrò citroque pariunt obligationem, sed quidam tantum ab uno latere: ut stipulatio, literarum obligatio, mutuum, indebitum: qui sunt contractus μονόπλευροι Hi vero qui consensu, omnes utrinque sunt obligatorij: sive sunt συναλλάγματα *l. 19. D. de V. S.* sunt contractus δίπλευροι. *Cujac. in commentar. ad l. 3. D. de oblig. & act.* III. In eo, quod superiorum contractuum quidam, ut mutuum, stipulatio, sunt stricti juris: Hi qui consensu, omnes sunt bonæ fidei: De qua postrema differentia dicetur *inf. in § actionum. De actionib.* Posteriores hasce 2. differentias indicat Imp. in illis verbis, paulò obscuriorib. Item in his contractib. &c. usque ad fin. tit. Quæritur, An non sint plura exempla horum contractuum qui consensu fiunt præter hæc 4. quæ hîc enumerantur & deinceps sub singulis titulis explicantur? Et sunt qui addant sponsalia & nuptias, quam societatis quandam speciem facit Donellus: De quo quid sentiendum putem, monui *sup. ad tit. De Nuptijs.* Addunt & donationem, sed ea non est contractus: dico de vera & mera donatione *l. 18. Aristo. D. de donat.* sed modus acquirẽdi. *de quo sup. tit. 7. lib. 2.* Illud hîc ad extremum rectè observabitur, quamvis isti contractus de quib. deinceps agemus consensu fiant, non tamen fieri pactis, licet in his quoque versetur consensus, v. g. Emtio; Venditio contrahitur consensu, non autem pacto de vendendo. Aliud namq; est vendere, aliud promittere te venditurum, sive pactum de vendendo facere, sive etiam stipulationem emittere, quod velis vendere. *Vide Hartman ab Eppingen. pract. obs. cap. 1. Miscellam: ex Iur. civil. obs. 2. Et adde Antonin. Teßaur. Decis. 233.* Ex quo vides quantum differant pactum & contractus, de quorum discrimine alibi.

AD TIT. XXIII. DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

EMptionis & venditionis contractus primo loco ponitur, ut omnium nobiliss. & usitatiss. imò & antiquissimus. Ejus enim origo à permutationib. cœpit, quib. solis olim nondum percussis nummis utebantur: ut docet *Paul. l. 1. D. de cootr. empt.* De vocabulo admonendum, Legem XII. tabularum Emptionis verbo omnem alienationem complexam fuisse. *l. 29. statu liberi. D. de statu lib.* Et emere veteres usurpârunt pro sumere vel accipere teste Festo, unde redemptor est qui opere conducto mercedem accipit. Ab hac generali significatione verbum ad speciem unam commerciorum est revocatum: & Emptor dici cœpit is, qui mercem pro pretio accipit. Plautus præstinare uti solet pro emere. Dicitur & mercari. Unde per syncopen dicitur à venum do.

Illud

Illud quoque initio admonendum, veteres in emptione & venditione appellationibus promiscuè usos fuisse *l.19.D de act empti.* Unde fit ut & ea quæ est propriè actio ex empto, dicatur actio ex vendito. *l. 26. & l. 66. §. 2. si secundus. D. de evict.* & contra quæ est ex vendito, dicatur actio empti. *l. unica C. Si servus extero.* Plenè enim actio empti venditi vel contra dicitur. *l. 33. D. de act. empt.* Definiri potest Emptio venditio contractus seu συνάλλαγμα Juris gentium consensu initus, quo id agitur, ut emptori rem aliquam certo pretio habere liceat. Dixi contractum esse seu συνάλλαγμα, quia & eo ultrò citroque oritur obligatio. *l.19.D.de V.S.§. 1. supr. de auct. tut.* Tam enim emptor venditori quàm venditor emptori obligatur: ille ad persolvendum pretium; hic ad rem tradendam, *ut infr. dicetur.* Esse juris gentium & consensu fieri probatur *l. 5. D de just. & jur. l. 7. §. 1. D. de pact. l. 1. § ult. l. 9. in pr. D. de contr. empt. l. 2. C eod. l. 35. si stipulor. §. ult. D. de V.O.* Hinc Seneca 1. *de Benefic. c. 9.* Quæ emeris vendere gentium jus est. Nam quæ olim Romanis usitata fuit emptio civilis ac sollennis, & mancipatio dicebatur, jam diu obsoleta est: de qua explicatur *ad § præterea. supr. Quib mod. jus potest. solu. & ad tit. de test. ord.* Quod de certo pretio dixi, & ut habere liceat rem emptori, infra explicabitur. Vulgò dicunt, ad Emptionis substantiam tria requiri, rem pretium & consensum. Sed consensus in omnibus negotijs est necessarius, ut jam sæpè monui: non est igitur emptionis proprius. Et omnis quoque contractus de re aliqua fit. Relinquitur ergo solum pretium, in quo substantia hujus contractus consistat. *d. l. 3. & l. 9. C. de contr. empt. l. 72. pacta D. eod.*

Dividitur emptio, ut alia fiat sine scriptura, alia in scriptis. *l. 17. contractus. C. de fide instrum. & hic in pr.* ubi diversum utriusque jus explicatur. Sed hoc accidit emptioni ex conventione contractuum, ut in scriptura fiat. Potest etiam dici, aliam esse veram Emptionem, aliam nudam imaginariam seu simulatam, quæ fit uno nummo, sed hæc non est emptio, *l. 55 nuda. D. de contr. empt. l. 3. C. eod. l. 66. si usufr. D. de ju. dot. l. 16. imaginaria. D de R. I. l. 54. contractus. D. de O. & A.* Præterea ita dividi potest, ut emptio alia fit pura, alia conditionalis. *§ p n. infr. h. t.* Sed hæc divisio omnium contractuum est communis, ut *supr. d. ad tit. de V.O.*

Porrò hic tit. his fere VI. partibus continetur: I. Quando emptio venditio censeatur contracta & perfecta: ubi etiam de arrarum datione explicatur. II. De pretio, utpote in quo consistat substantia hujus contractus, prolixè agitur, & quidem per hæc capita. 1. Illud constitui oportere. 2. Et certum esse debere, & quid juris sit si in arbitrium tertij fuerit collatum. 3. Illud non nisi in pecunia numerata consistere posse. III. Exponitur, ad quem spectet periculum & commodum rei venditæ. IV. De varijs modis, quibus emptio contrahitur. V. An & quatenus valeat emptio rei, quæ est extra commercium. VI. De actionibus duabus, quæ ex hoc contractu oriuntur: quas Imp. obiter tantum attingit *in §. pretium. vers. sed nostra in verbis: Emptore quidem ex empto actione. venditore ex vendito agente.* Ubi explicandum ad quid venditor emptori & vice versa hic illi obligetur.

De primo igitur sic distinguendum: Aut emptio venditio fit sine scri-

ptura: & id quidem regulariter & semper, nisi aliter inter contrahentes convenerit. In his enim contractibus qui consensu fiunt, scriptura opus non est, ut sup. tit. praeced. dictum. Aut placuit contrahentibus ut in scriptura fieret. Priore casu ita jus est, ut contrahatur ac perficiatur sola pretij conventione, sive ut simul atque de pretio convenerit, statim alter alteri obligetur, *ut hic. in pr. & l.2.§.1.l.35. §.5. in his. D. de contr. empt. l.9. C. eod*: Olim ex ll. 12. tabb. non aliter valebat emptio nec rei venditæ dominium in emptorem transibat, quàm si statim in ipsa rei traditione etiam pretium numeraretur: Quod ex Solonis legib. Romani mutuati sunt, idemque etiam Plato constituit *lib. 8. de ll.* ut averteret multitudinem litiū, quæ alioquin ex hoc contractu inter cives existerent. Et hinc proverb. Plautinum fluxit, Græca fide mercari, id est, præsente pecunia sive præsentario argento. Postea tamen rigor ille mitigatus est & propter libertatem commerciorum receptum, ut valeret venditio, etiamsi pretium non statim esset numeratū, sed eo nomine vel fidejussores dati venditori, vel fides emptori habita esset: ut exposui plurib. *sup. de rer. div.* In eo igitur differt hic cōtractus ab iis qui re fiunt, in quibus datio vel numeratio necessaria est. Non tamen quamlibet emptionem perficit conventio pretij. Nam conditionalis venditio tum demum perficitur, cum impleta fuerit conditio. *l.7. in pr. D. de contr. empt.*

Deinde si res sint venditæ, quæ pondere, numero & mensura constat (ut vinum, frumentum, oleum) & ita venditæ, ut in singulas libras vel mensuras & in singula corpora certum pretium diceretur (statueretur) emptio tum demum perficitur, cum annumerata, admensa, appensáve fuerint. *l. 35. quod sæpè. §. 5. in his. D. d. t. l.1. §.1. D. de peric. & com.* Et hæc de emptione sine scriptura. Quòd si contrahentibus placuerit emptionem celebrari in scriptis, tum demum contractus censetur perfectus, cum instrumentum ritè confectum & absolutum fuerit, non ante. Forma ac modus conficiendi instrumenti præscribitur *in l.17. contractus. C. de fid. instr. & hic*: nimirum talis: ut vel ab ipsis contrahentibus propria manu scribantur, vel ab alio, eóque vel quolibet, vel tabellione seu notario. Si ab ipsis contrahentibus, res est plana & expedita. Si ab alio quovis, requiritur contrahentium subscriptio, hæc enim totam scripturam approbare solet, *arg. l.6. si quis ex argentariis. §.1. D. de edend.* nisi quis cum protestatione subscribat.

Si denique à Tabellione instrumentum conficiatur, is primum in schedulam conjicere debet contractum (ins Protocoll zeichnen.) 2. eum in mundum redigere, id est, in pura charta describere: Tandem subscribere & contrahentib. recitare atque edere, aut si non subscribat tabellio, subscribent ipsimet contrahentes. Utilitas hujus quæstionis, quando scilicet perfectus censeatur contractus, I. in eo cernitur, quod perfecta emptione non liceat alteri contrahentium altero invito pœnitere & ab emptione impunè recedere: quod contractu nondum perfecto licet. *l.12. C. de contr. empt. l.3.6. & passim. C. de resc. vend. arg. l.5. C. de O. & A.* Sicut neque transactio per pœnitentiam rescinditur. *l.39. quamvis. C. de transact.* II. In periculo & commodo rei venditæ, ut sciamus ad quem illa pertineant: *de quo inf. §. cum a. emptio. h. t.*

Quia

Quia verò hîc Imp. arrarum meminit, pauca de his dicenda sunt hoc in loco: quod facturos pollicebamur *sup. ad §. ult. Quib. mod. re contr. obl.* Arram ineptè Isidorus *lib. 5. c. 25.* putat dictam à re pro qua traditur, verius est esse verbum abbreviatum ex Græco ἀῤῥαβών. teste Varrone 4. *de ling. Lat.* Græcum ab Hebræo, quod pignus significat: quo tamen & Latini (ut Plautus, Terentius aliiq;) utuntur tanquam Latino, Et quidem sæpè in significatione pignoris, ut Miles gloriosus arrabonem amoris. *Ter. Heaut. Act. 3. Scen. 3.* relicta huic arroboni est pro illo argento. Sic Gellius pro obsidibus positum notat hoc verbum *lib. 7. c. 2.* Quid tamen inter arrabonem & pignus intersit docet Isid. dicto loco. (Interest in loquendi usu inter pignus & arram. Nam pignus est quod datur propter rem creditam: quæ dum redditur statim pignus aufertur. Arra vero est quæ primum pro re bonæ fidei contractu empta ex parte datur & postea completur. Est enim arra complenda non auferenda. Unde qui habet arram non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem.) Germani arram vocant Gottespfenning/Leinkauff/Handtauff. Est autem arræ datio contractus qui re perficitur, & aliis contractibus confirmandis probandisque adhibetur: v. g. emptioni & venditioni, de qua *hîc & l. 35. quod sæpè. in pr. D. de contr. empt.* Item locationi & conductioni: & sponsalibus, quæ dicuntur arræ sponsalitiæ & interdum etiam sponsalia, *ut tit. C. de sponsalibus potissimum l. pen. mulier. & tit. si rector provinciæ vel ad eum pertinentes sponsalia dederint. C. Th. l. 3. t. 6. l. 1.*

Regulariter autem emptor arram dare solet: & conductor & sponsus. Et datur arræ nomine vel certa aliqua summa pecuniæ, vel corpus aliquod, ut annulus plerumque (quem Plinius 33. *c. 1.* etiam ad sponsiones confirmandas adhiberi solitum tradit.) Et Seneca conqueritur, quod tanta sit hominum perfidia, ut annulis nostris plus quàm animis credatur. *lib. 3. de benefic. c. 15. l. 11. ex empto. §. 6. is qui vina. D. de act. empti. l. 5. §. 15. item institor. de institor. act. & aurum. l. ult. C. quando lic. ab emp. disc.* Si pecunia detur, ea non redditur, sed impletur. *l. ult. D. de lege commiss. ut & Isidorus ait.* Unde eleganter prærogativa pretij suo tempore solvendi vocatur à Varrone *lib. 5. de ling. lat.* Prærogatur enim & q. in antecessum datur. Si annulus aut res similis arræ nomine detur, contractu impleto redditur. Quid si contractus non impleatur? *l. 58. ab emptione D. d. de pact.* Resp. hîc distinguendum est. Nam vel utriusque partis consensu ab eo receditur & irrita fit emptio: Id quod fieri potest. *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl. tot. tit. C. quando lic. ab empt. disc.*

Et tum arra restituenda est ab eo, qui accepit, id est, à venditore. Qui si reddere nolit, actione ex empto conveniri poterit, si arra consistat in pecunia, vel etiam condictione sine causa, si in aliis rebus *d. l. 11. §. 6. is qui vina. D. de act. empti.* Vel unus altero invito resilire vult: Et aut per emptorem stat, quo minus contractus impleatur, aut per venditorem, qui arram accepit. Si emptoris sit culpa, is perdit arras: sive ita pactus sit, ut *in d. l. ult. de l. commiss. & l. 1. C. de pact. inter empt.* sive nihil convenerit, *ut hic, in verb. licet super arris nihil expressum sit.* nam tacitè hoc actum censetur: nec injuria.

Damnum enim quod quis sua culpa sentit, damnum sentire non videtur, & sibi non alijs imputare debet, *ut est in reg. utriusque juris.* Si culpa sit venditoris, in duplum tenetur, id est, ut non tantum ipsam arram, sed & alterum tantum reddat. Quod si recuset, convenietur condictione ex *l.17. C. de fid. instr. ut putat Cujac. lib. 11. obs. c. 17.* Illud certum est, non vindicatione sive in rem actionem, sed personalem tantum ex arrali pacto nasci. *l.3. C. de act. empti.* Quid autem juris sit de arris si sponsalia non fuerint secutæ nuptiæ, explicatur *in l.3. & l.5. C. de sponsalib. & arr. sponsal. & l.38. D. de rit. nupt.*

Ad §. Pretium.

II. Pars tituli agit de pretio. Pretium, Græcè τιμὴ dictum vult Varro lib. 4. à peritis, quod hi solum rectè id constituere possint, utpote qui veram rerum æstimationem norint, quod Seneca *epist.* 81. uni sapienti notum esse ait, quanti res quæque taxanda sit. Lucill. apud Lactant: Virtus est pretium rebus persolvere verum. Sed hoc Philosophicum magis & Stoicum quàm juridicum est. Manupretium vel manuspretium est quod datur pro eo quod manu factum est, sive pro artificio; quod verbum usurpatur *in l. 13. mulieru. §. 1. D. de V. S. & l. 30. §. pen qui ædem. D. Loc.* Item apud Plautum, Ciceronem 3. verrin. Plinium & alios sæpè. Plaut. Menæch. *Act. 3. sc. 3.* Cedò aurum, ego manupretium dabo. Tertull. de idololatria: Tot sunt artium venæ quot hominum concupiscentiæ. Sed de mercedib. & manuspretijs interest. Pertinet igitur hoc verbum ad mercedem, cum quo à Tertull. etiam conjungitur. Definitur pretium à Paulo *in l. 1. D. de contr. empt.* ut sit materia forma publica percussa, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatib. permutationum æqualitate quantitatis subveniret. Ait Paulus esse materiam. Intellige alicujus metalli, ut æris, argenti, auri, plumbi, ferri. Interdum tempore belli & necessitatis etiam corium forma publica percussum præstat usum numeratæ pecuniæ, ut de Lacedæmonijs testatur *Seneca lib. 5. de benefic. c. 14. & de Imp. Friderico 2. historici.* Non tàm enim hìc spectatur substantia ejusque dignitas vel indignitas quàm quantitas, id est, valor & æstimatio attributa rei lege, instituto conventioneque hominum: de quo Paul. *d. l. 1. & Aristoteles. 5. Ethic.* pulcrè disputat.

Porrò ex superiore definitione pretij intelligitur, pecuniam emi non posse, cum ipsa sit inventa ad æstimationem aliarum rerum. Non enim ut æstimatio rerum quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est: ut eleganter Javolenus *in l. si ita. D. de fidejussor.* Non enim excipiuntur vetera numismata, quæ loco gemmarum sunt. *tit C. de veter. num. potest lib. XI* de quibus vide *& l. 9. lege Corn. §. eadem lege. 2. D. de falcid. l. 28. nomismatum Dig. de usufructu. Brisson. 1. Antiquitat. cap.* 8.

Pretium ergo, in quo substantia emptionis consistit, ut locationis in mercede, constitui oportet, ut ait Imp. Id est, consensu & conventione contrahentium id definiendum est. Ac plerumque venditor pretium primò statuit, quod Latinis est indicare, ut *apud Plaut. in Persa. 16.* Indica, fac pretium, tua merx est, tua indicatio est. Item tanti indica. *Apul. lib. 1.* percuntato pretio, quod centum nummis

nummis indicaret, aspernatus, C X X. denarios præstinavi. *Plin. l. 37. c. 1.* Smaragdus V I. aureis denarijs indicatus. Item *apud Cic. 3. offic.* cum postulâsset, ut sibi fundus, cujus emptor erat, semel indicaretur.

Emptor autem pretium deferens liceri dicitur. *Persius. 5.* Et centum Græcos curto centusse licetur. *Plaut. Stich. 4.* Jocos ridiculos vendo. agite licemini. (Aliter verbum indicandi usurpatur *in l. 13. Iulianus. D. de act. empti.* nimirum de asseveratione.) Licitatione vincere dicitur *in l. 9. D. de publican. & l. 6. D. 6. Fam. ercisc.* emptor animose licitans & callidè plurimum offert, ut alios ab emptione detrudat. *Vide l. 29. D. Fam. erc. & l. 36. D. Mand.*

Adeò autem necessarium est pretium, ut nulla sine eo esse possit emptio, ut quæ in sui substantia deficiat. *ut hic. & l. 3. l. 9. C. de contr. empt.* Unde etiam actio venditi sæpè dicitur actio pretij. *l. 8. & l. 9. C. de contr. empt. l. 7. C. de act. empt.* Deinde addit Imp. Etiam certum esse debere pretium, id est, definitum, sive de quo, quantum sit, certò constet, vel ex nomine, ut C. aureis fundus tibi erit emptus, vel ex demonstratione, quæ vice nominis fungatur: *arg. l. 6. D. de reb. Cred.* ut quantum pecuniæ in arca habeo, quanti ego emi, tanti tibi vendo. Etiamsi enim ignoretur quanti res à me empta sit, tamen id in rei veritate certum est. *l. 7. §. pen. D. de contr. empt. & arg. eorum quæ supr. dixi ad §. conditiones. de V. O.* huc pertinet illud vulg. forma actus adimpletur per relationem ad aliud. *Dd. ad l. asse toto. D. de hered instit.* Quod si id ad quod pretij relatio fit nullum pretium in se continet, nulla est venditio, ut vendo tibi fundum istum quanti à testatore emptus est: cum inveniatur non emptus, sed donatus testatori. *l. 37. si quis fund. D. de contr. empt.* Incertum n. pretium perinde est ac si nullũ esset *arg. l. 6. D. Qui satisd. cog.* Quid ergo si pretium cõferatur in arbitrium alicujus Tertij (v.g. Titij) ut si ita inter emptorem & venditorem convenerit, Emptus erit fundus, quanti L. Titius æstimaverit vel æquum putaverit. Constatne venditio, an non? Hac de re apud veteres controversia fuit, (cum alij dicerent valere talem venditionem, & spectandum esse arbitrium boni viri, alij negarent) quam diremit Justin. sua constitutione, quæ *est l. ult. C. de contr. empt.* una ex 50. Decisionib. Summa hæc est, Hanc venditionem esse conditionalem, ut hîc in verbis: sub hac conditione staret contractus. Et si ille arbitratus fuerit ac re æstimata pretium definiverit, valeat contractus: non valeat, si is non definierit, vel quia noverit vel quia non potuerit, morte scilicet præventus. Non enim est recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est. *l. 43 si quis. D. de V O.*

Idem porrò est etiam in locatione & conductione, si mercedis quantitas in tertij alicujus arbitrium permittatur. *§. & quæ supr. tit. prox. in pr. l. 25. si merces. D. locati.* (in qua verbis Gaij quædam interjecisse videtur Tribonianus *ex d. l. ult. C. de contr. empt.*) Est enim locatio conductio proxima emptioni & venditioni *init. tit. prox. infr.* Sic & societas ea conditione coiri potest, ut communis amicus definiat partes lucri & damni. *l. 76 soci tat. m & 4. seqq. D. pro socio.* Quid si is iniquum arbitratus fuerit, parendumne erit omnino? Et verius est ad arbitrium boni viri id redigi vel per judicium bonæ fidei corrigi debere. *d. l. 76. & l. 79. D. pro socio.* Ex qua lege observanda distinctio arbitrij. Aliud enim est compromissa-

promissarij, sive merum, aliud boni viri. Huc pertinet *l. 22. in person. §. 1. D. de R. I.*

Quod tamen in emptione & venditione accipiendum puto: si arbiter pretium definierit minus quàm pro dimidia parte justi ac veri pretij. Quæritur hîc, an pretij quantitas possit etiam permitti arbitrio unus ex contrahentib. ut si venditor dicat, Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum. Et ait *Cajus d. l. 35. §. 1. de contr. empt.* imperfectum esse tale negotium. Donell. tamen ait valere emptionem per *l. 7. d. de contr. empt.* quæ quomodo huc faciat non video.

Ad §. Item pretium.

Tertium, quod de pretio hîc afferri diximus, est, pretium non in quavis re, sed tantum in nummis seu pecunia nummerata consistere debere. Ostendit autem hîc Imp. ex Paulo *in l. 1. D. de contr. empt.* hac de re dissentientes fuisse opiniones diversarum sectarum sive scholarum, hoc est, Sabinianorum & Proculianorum: Quorum illi putabant, pretium non tantum in inummis, sed etiã in alijs rebus esse posse, hi negabant, ut si ego togam tibi dedi, ut tunicam accipiam: neque illi sine ratione. 1. enim utebantur pro se verbo vulgari & veteri: Emptionem & venditionem contrahi permutatione rerum, id est, rebus inter se permutandis & communicandis. 2. allegabant auctoritatem Homeri, quæ apud veteres Jurisconsultos maxima fuit, & sæpè ab illis laudata, ut ostendit Giphanius noster *in præstat. sua in Homerum*: Et ut supra vidimus. *§. sed jus quidem civ. de jure nat. gent. & civ. & §. mortis causa. tit. de donat. & §. 1. quod autem infr. de l. Aquil.* Sed Proculianorũ sententia prævaluit, (eos hîc Imp. vocat diversæ Scholæ auctores, ut & *in §. is qui exequitur. infr. de mand. & Venulei. in l. 138. D. de V. O.*) Differre scilicet emptionem & venditionem à rerum permutatione, & proprias à seq; invicem separatas esse has duas contractuum species. Hi non solum alia auctoritate Homeri, de permutatione scilicet Glauci & Diomedis, (quæ in proverbium abijt: quod & Justin. usurpat in constit: omnem, quæ pandectis præfixa est) sed etiam melioribus ac firmioribus rationibus nitebantur. v.g. Quia in emptione monstrari potest, quæ sit merx, quod pretium, quis venditor, quis emptor. In permutatione hoc discerni nequit, atque ita res expediri non potest, ut Imp. loquitur. Nam absurdum & contra naturam relatorum est dicere, utramq; rem videri & mercem esse & pretium : Item utrumque & venditorem esse & emptorem, *ut hîc & d. l. 1. de contr. empt. l. 1. D. de rerum permut.* Ubi diligenter Paulus explicat differentias inter has 2. contractuum species, quæ huc referri debent. Et hoc est quod Impp. ajunt *in l. 7. emptionem. C. de rerum permut.*

Emptionem rebus fieri non posse, pridem placuit, ad quam hîc respicit Justinianus in verb. (anteriores Divi principes.) Similis autem dissensio diversarum Scholarum etiam infra refertur §. item quæritur. De locat & cond. §. is qui exequitur infra de mand. Debitum igitur pretium in pecunia numerata consistere, nec venditio sine nummis dici potest. Hoc tamen non impedit, quo minus pretij causa pro pecunia numerata aliæ res (v.g. pecora) venditori consentienti in solutum dari possint, & tamen emptio venditio esse non desinat, *l. 9.*

pretij.

pretij. C. de resc. vend. Dixi consentienti, nam aliud pro alio invito creditori solvi non potest. *l. 2. §. 1 in fi. D. de reb. cred.* Qua de re *infr. ad tit. ult. hujus libri.* De pretio quoque notandum elegans dictum Sexti Pedij relatum à Paulo *in l. 33. si servum. D. Ad l. Aquil. & l. 63. pretia in pr. D. ad l. Falcid.* Nonnullam pretio varietatem tempora & loca afferunt. *d. l. 63. §. ult. D. ad l. Falcid. l. ideo in arbitrium. D. de eo quod certo loco. §. plus autem Inst. de act. Plin. lib. 33. c. ult.*

Pretium non dicitur emi, sed merx. nam Lucillius more Satyrico lusit cum dixit: pretium emere eum qui vendat equum musimonem, id est, brevem & pumilum Er thut einen guten Kauff. Vide Nonium. Est & hoc notand. Pretium non debere esse minus dimidia justi pretij alioqui enim si minoris res vendita sit, petere potest venditor, ut aut res sibi reddatur, aut id quod deest vero ac justo pretio suppleatur ab emptore. *l. 2. & l. 8. C. de resc. vend. c. 3. & 6. ext. de empt. & vend.* propter minimam vero causam res bona fide vendita inempta fieri non debet. *l. 54. res. D. de contr. empt.* Pretia rerum non ex affectu singulorum, sed communiter fungi. Et formale pretium *in l. 62. in lege. D. ad l. Falcid.* est quod sibi ipse quis format aut fingit, ut exponit Scaliger in exercit. cõtra Cardan. Quãvis aliter D. Donellus explicet, & alij: ille pro speciali (q. ex Græco εἰδικόν. εἶδος. n. forma est apud Ciceronem, hi pro eo quod à testatore dictum est) cui opponitur æstimatio secundum rei veritatem.

Ad §. Cum autem emptio.

Huic §. respondet tit. D. & C. de peric. & commodo rei venditæ. De eo hæc tenenda est regula: Post perfectam emptionem & venditionem, etiamsi nõdum res tradita sit, omne periculum & commodum rei venditæ ad emptorem pertinere, *ut hîc & l. 7. & 8. in pr. D. de peric. & commod. l. 1. 2. 4. 5. & ult. C. eod. l. 12. & 13. & l. pen. C. de act. empt. l. 3. C. de ædil. ed. l. 5. §. ult. D. de resc. vend.*

Periculum intelligimus omne damnum ac detrimentum rei, omnem læsionem, deminutionem ac deteriorationem, quæ ipsi post perfectum contractũ contingit: imò etiam interitum rei. E. diverso commodum est omnis accessio ac melioratio. Exempla utriusq; hîc in textu videantur. Ratio dubitandi, id est, cur periculum & commodum rei ante traditionem non ad emptorem, sed ad venditorem pertinere videatur, hæc est, Quia ei res perit, cujus est, sive domino suo. *l. 9. pignus. C. de pign. act.* Atqui venditor, qui nondum tradidit rem emptori, adhuc est dominus rei, *ut hîc in fi. §. vers. quia sane. l. 80. si vendidero. in pr. D. de furt.* Res adhuc est in bonis ipsius. *l. 8. sicut. §. 12. Si debitor. D. Quib. mod. pig. solv.* Traditionibus enim & usucapionibus non nudis pactis rerum dominia transferuntur. *§. per traditionem supr. de rer. divis. l. 20. C. de pact. l. 3. in pr. D. de ob. & act.* Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum. Ipsi. g. venditori perire debet, non emptori. Etsi periculum ad venditorem spectat, spectabit & commodum, *per l. 10. secundum naturam. D. de R. I.* Et hîc Imp. commodum ejus esse debet, cujus periculum est. R. T. Decid. hæc esse videtur, quia hic contractus utriusq; contrahentium gratia fit.

Ideoque

Ideoque in eo non nisi dolus & culpa levis à venditione præstari debet: quibus si careat, securus ipse sit de periculis casuum fortuitorum. *l.5. si ut certò. §.1. D. comm. l.23. contractus. D. de R* I. Et hanc rationem ipse Imp. indicat his verbis: Quicquid enim sine dolo & culpa, &c. Porrò quia in superiori regula d. est, post perfectam emptionem, necessariò igitur sciendum est, quando perfecta sit emptio. Hîc adhibenda est distinctio inter venditionem puram & conditionalem: 2. Inter eam, quæ sine scriptura, & eam, quæ in scriptura fit. 3. Inter venditionem rerum quæ pondere, numero & mensura constant, & aliarum rerum.

Si venditio fit pura & fiat sine scriptis, perficitur sola conventione de pretio & de re certa, ut & supr. d. Ideoque statim ad emptorem pertinere incipit periculum & commodum. Conditionalis venditio tunc perficitur, cum impleta fuerit conditio. *l 7. in pr. d. de contr. empt.* Si conditio defecerit, nulla est. *l.37. si quis. D. d. t. l.8. necessario in pr. D. de peric. & comm.* Hoc igitur casu si interea res perierit vel deterior facta aut læsa fuerit, venditoris est periculū *d. l.8. l.5. de peric. & comm.* nisi hoc ipsum convenisset, ut res emptoris periculo servaretur. *l. 10. si in venditione in pr. de peric. & comm.* Illo casu, id est, si conditio extiterit, damnum quod interim rei contigit ad emptorem pertinet, q. jam in præteritum contracta emptio: e sed interitus tamen rei totalis ad venditorem spectabit. Ita distinguit Paul. *d. l* S. D. *de peric. & commod.* 2. Emptio in scriptura quando censeatur perfecta, satis explicatum est *supr. init. tit.* Post absolutionem igitur instrumenti, periculum & commodum erit emptoris. 3. Si venditæ sint res, quæ pondere, numero mensurave constant, ita distinguendum est. Aut ad mensuram, pondus & numerum hæ res venditæ sunt, & in singulas amphoras vini v.g. certum pretium statutum est. Quò pertinet etiam hic casus, si ita venditum sit vinū, ut prius degustetur, quod plerumque fit. Aut non ad mensuram, sed uno pretio omne vinum totius dolij quantumcunque sit, venditur, quod aversione vel per aversionem vendi dicitur. *l. 4. §.1. & 2. D. de peric. & comm. l. 62. qui officij. §. ult. D. de contr. empt.* Sic dicitur aversione conducere navem. *l. 1. §. 15. exercitorem. D. de exerc. act.*

Priore casu non ante perfecta est venditio quàm admensa, adpensa, annumerata fuerint omnia. Antea enim non constat quantum ematur. Mensura vero eò proficit, ut appareat quantum ematur, ut ait *l. 24. si in emptione. §.5 alia causa est. D. de contr. empt.* Ideoque interim periculum est venditoris, v. g. Si vinum acescat.

Posteriore casu statim perfecta est venditio, simul atque de pretio convenerit. *l.35. §.5. D. de contr. empt. l. 2. C. de peric. & commod. l. 12. C. de act. empt.* Sunt tamen aliquot exceptiones à superiore regula, quibus periculum non respicit emptorem, sed venditorem: ut 1. Si moram in tradendo adhibuerit. *l 4 & l. ult. C. de peric. & commod. arg. l. 5. quod te mihi. D. de reb. cred.* Quid si uterque moram fecerit? Resp. Posterior mora semper damnosa est. *l. 17. illud. D. de peric. & commod* 2. Si dolo vel culpa venditoris res vendita perierit. Regulariter n. venditor hæc duo præstat, Dolum & Culpam, levem scil. nam lata culpa dolo æquiparatur, *ut supr. d. ad tit. de obligat.* Levissimam culpam & custodiam venditor

ditor non præstat, nisi vel in se eam receperit, vel res sint ejusmodi, quas admetiri solemus, ut vinum, oleum, *l.1.& pr.& §.1.l.3.§.1.l.3.& l.11.D.de peric.& comm.* Imò etiamsi de custodia nihil convenerit, tamen talis custodia adhibenda est à venditore, qualem bonus paterfam. suis rebus adhibet. *l.35 quod sæpè. §.4. si res. D.de contr.empt.* cui obstare videtur *d. l. 3. D peric. & commod.* ubi custodia talis præstari debet à venditore, ut diligentiam adhibeat exactiorem quàm suis rebus adhiberet: & qualem præstat commodatarius; quem certum est ad exactiss. diligentiam teneri, ut dixi *sup.ad §.item is cui. Quib.mod.re contr.obl.* Resp. Id ita esse intelligendum, quod dicitur *in l.3.* si scilicet venditor custodiam non præstet, nisi promiserit: quanquam, ut verum fatear, non satis explicatus mihi videtur hic locus de custodia propter ll. de ea in speciem pugnantes. Et sanè Imp. hic vult securum esse venditorem, si non susceperit custodiam rei: quasi custodiam non præstet, nisi promiserit: cum tamen aliæ ll. custodiam etiam non promissam requirant. *ut d.l.35.§.4. si res. de contr.empt. d.l.3.& l.11. D. de peric.& comm.* Notandum hîc est, interdum etiam dolum solum præstari à venditore, ut *l.5.l.16.servi l.17.illud.D.de peric.& commod.* si scilicet emptor moram adhibere cœperit in accipiendo: item si emptor servum v.g. conductum rogârit tàm diu donec pretium solveret. III Except. Si res ex præterito vitio perierit, quod venditor sciverit, emptor ignoraverit. *l.ult.C.de peric.& commod.rei vend.* IV. Potest addi exceptio, si venditor etiam casus fortuitos in se receperit. Etsi igitur, ut dictum est, periculum ad emptorem pertinet, v.g. fuga hominis vel animalis item furtum rei, cujus custodiam non promisit venditor; hic tamen actiones suas emptori cedere debet, quas ejus rei nomine tanquam dominus haberet. Tales actiones hîc 4. enumerantur. 1. rei vindicatio. 2. condictio, intellige furtiva, ut rectè explicat Accurs. 3. Actio furti. 4. Actio legis Aquiliæ de damno injuria dato. Ratio, cur hæ actiones non competant emptori, nisi à venditore cessæ sint, hæc redditur à Justiniano, quia venditor ante traditionem manet dominus. Illæ autem actiones soli domino dantur: ut alibi demonstratur. *§. ult inf. de obl. ex del.§. ex maleficiis.inf. de action.*

Ad §. Emptio tàm.

Idem hoc commune est emptioni non solum cum stipulatione. *§. omnis. sup.de V.O.* Sed & cum aliis contractibus, ut cum locatione. *l. 20. sicut D. locati.* Et cum societate. *l pen.C. pro socio.* & cum mandato. *§.pen.inf. de mand.* Imò etiam cum hæredum institutione & legatis ut ibi demonstravimus. Admonendi tamen sumus In hoc contractu etiam singulares quasdam conditiones esse usitatas, sive certa quædam pacta: v. g. Convenire solet, ut res vendita, si intra tempus certum displicuerit, sit inempta & reddatur venditori. *l. 3. D. de contr empt. l.6.D.de resc.vend.* Hæc venditio purè quidem contracta est, sed resolvitur sub conditione. *d.l.3.* Idemque est & *in l. commissoria. l 1. D. de lege commissoria.* Est autem lex commissoria tale pactum, ut si ad diem præstitutum pecunia soluta non sit; res inempta sit. *l.2.& passim. D. d.t.*

Aliud est pactum hic receptum quod vocatur addictio in diem. Ea sic fit: Illa res tanti tibi empta erit, nisi quis intra certum diem (v.g. prox. Kal. Januar.) meliorem conditionem faciat. *l.1. & tot. tit. D. in diem addict.* Hæc venditio aliâs pura est, & sub conditione resolvitur, aliâs conditionalis, pro eo quod actum est. *l.2. D d.t.* Aliud est pactum celeberrimum de revendendo, auff ein Widerkauff: de quo agitur in *l.12. D. de præscr. verbis. l.2. C. de pact. inter empt. & vend. & And. Geil. lib. 2. obs. 16.* Potest etiam ad tempus, v.g. in quinquennium vendi. *ut l.80. cum manu. §.2. silv.2. D. de contr. empt.* Sunt & alia pacta, quæ in hoc contractu apponi possunt: *de quib. d. tit. C. videatur.* Notandum quoque est, si id, quod purè emi, sub conditione rursus emam, posteriore emptione nihil agi. *l.7. D. de resc. vend.*

Ad §. ult. Loca sacra.

Pertinet hic §. ad locum de rebus, quæ emi ac vendi possint, aut non possint. De quo sic breviter habendum est: Rem sive mercem æquè necessariam esse ad hunc contractum, quàm pretium, de quo sup. nam nec emptio nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi. *l.8. nec emptio. & l.15. et si. in pr. D. de contr. empt.* Deinde omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio rectè fit. Quas verò natura vel gentium jus vel mores civitatis cõmercio exemerunt, earum nulla venditio est. *l.34. si in emptione. §.1. D. de contr. empt.* Dixi omnium rerum, id est, tàm præsentium quàm futurarum, ut fructuum, partus vel fœtus, imò etiam spei, ut cum q. alea emitur, verbi gratia, captura piscium, vel avium vel missilium exceptio. *l.8. §.1. Digest. de contr. empt. l.12. si jactum. Digest. de act. empt.* Item tàm corporalium, ut servi, fundi, domus, vasis, togæ aut tunicæ, quàm incorporalium, ut hæreditatis, actionis, servitutis, & si qua alia sunt jura. *tot. tit. D. & C. de hæred. vel act. vend. §. ult. sup. de servit. rust. præd. §.1. vers. sine testamento. sup. de usufr.* Inter quas res incorporales celebris est emptio redituum, de qua *Geil. lib. 2. obs. 7. cum 3. seqq.* Neque solum proprias res, sed & alienas vendere possumus. *l.28. rem alienam. D. de contrah. empt.* Multo magis igitur res cum alio communis vendi potest. *l.18. sed si communis. D. de contr. empt.* qua de re est *tit. C. de commun. rerum alienatione.* Potest tamen dominus rem emptori auferre & evincere. Quo casu habet emptor contra venditorem actionem de auctoritate sive evictione: de qua est *tit. D. & C. de evict.*

Non possunt autem emi & vendi res, quæ non sunt in commercio: quæ cujusmodi sint expos. *sup. ad tit. de rer. divis. & ad tit. de inut. stipul.* Huc pertinent *l.4. cum 2. ll. seqq. l.22. cum 2. seq l.34. §.2. liberum. l.62. §.1. & l.70. l.73. æde sacra. D. de contr. empt.* Ubi dicitur idem quod hic, harum rerum emptionem venditionem non valere inter scientes contractam: valere inter ignorantes. si vel uterq; ignoret rei qualitatem, vel saltem emptor. Quod ita intelligendum est, non quasi has res habere & possidere liceat emptori, sed ut venditorem ad id quod interest sibi obligatum habeat. Idem dicendum etiam de re furtiva, de qua vide *d. l. 34. §.3. Item si & emptor. D. de contr. empt. l.2. C. de furt.* Et hæc quidem de rebus, quæ

quæ extra omnium hominum commercium sunt. Aliæ vero sunt, quarum commercium certis quibusdam casibus aut hominibus non est; ut frumentum exercitui populi Roman. missum emi non potest ab alio. *l.4. C. quæ res vendi non poss.* (Auß dem Commiß kan man nicht kauffen.) Sic vinum, oleum, aliique liquores, item arma cujusque generis barbaris & hostibus pop. Rom. (imperi) vendi non possunt. *l.1. & l.ult. C. quæ res export. non deb. & Nov. Leonis. 62.* Huc pertinet rei suæ emptio. Nam ut stipulatio rei suæ inutilis est, *ut sup. dict. ad §. idem juris. de inut. stipul.* Ita & emptio rei propriæ non potest consistere, purè quidem facta. *l.15. §.ult. l.16. suæ rei. & l.39. si debitor. in pr. D. de contr. empt. l.4. & l.10. si mater. C. eod.*

Dixi purè factam rei suæ emptionem non consistere. Sub conditione verò emere possum id quod meum est, quia forte speratur meum esse desinere. *l.61. D. de contr. empt.* ut & stipulari *l.31. si rem meam. l.98. existimo. in pr. D. de V.O.* Rem propriam hîc accipere debemus, quæ pleno jure alicujus est. Nam si emptoris tantum sit ususfr. rei, potest is proprietatem sibi comparare: & vice versa. *d.l.16. suæ rei. in fi. D. de contr. empt.* Potest etiam dominus rei suæ possessionem emere, quam fortè venditor habuit. *l.34. si in emptione §.4. rei suæ. D. d.t.* Nihil enim commune habet possessio cum proprietate. *l.12. naturaliter. §.1. & l.pen. D. de acquir. poss. l.2. §.1. D. pro emptore.*

Huc pertinet, quod rem pupilli emere non potest tutor, nec curator, procurator aliique, qui aliena negotia gerunt. *l.34. §.ult. D. de contr. empt.* nec is qui officium aliquod administrat ex eo emere potest. *l.46. non licet. D. d.t. & l.62. qui officij. in pr.*

Quæritur de veneno malo, an vendi & emi possit. Et distinguit Cajus *in l.35. quod sæpè. §.2. veneni. D. de contr. empt.* Alia enim sunt venena, quæ admixta aliis nocendi naturam deponunt, & ad salubria medicamenta atque antidota adhibentur: alia sunt quæ nullo modo usui nobis esse possunt, alterius materiæ adjectione. Illa vendi possunt, hæc non possunt. Imò qui ea hominis necandi causa vendiderit, tenetur L. Cornelia de sicariis. *l.3. in pr. D. ad L. Corn. de sicar. Paul. lib. 5. sent. tit. 23.* (Venenum malum dicitur ad differentiam boni. Est enim hoc vocabulum medium μέσον. ut & dolus & φάρμακον apud Hom. *l.3. §.2. adjectio. D. ad L. Corn. de sicar. l.9. D. ad L. Aquil. l.7. D. de leg. Pomp. de parricid. l.4. §.1. D. fam. ercisc. l.236. qui venenum. D. de V.S.*) Sic res litigiosa, id est, de cujus dominio controversia movetur inter possessorem & petitorem, (*auth. litigiosa. C. de litig.*) *Nov. 112. c.1.* vendi non potest *l.1. & ult. C. de litig.* Ex his igitur quæ dixi intelligitur quæ res emi ac vendi possint, aut non possint. Restat ut de Actionibus pauca dicamus, quæ ex hoc contractu oriuntur. Una igitur est quæ datur emptori, & vocatur actio empti sive ex empto.

Altera est quæ datur venditori, & vocatur actio ex vendito, vel actio venditi, de quibus est *tit. D. & C. de act. empt. & vend.* Et ita quidem plerumque hæ actiones dicuntur: Interdum tamen reperias, ubi ea quæ propriè est actio ex empto dicatur actio ex vendito, ut *in l.26. & l.66. §. si secundus. D. de evict.*

Et è contra, ubi ea quæ ex vendito propriè est, appelletur actio empti, ut *in l. 2. C. si serv. extero se emi mand.* Quod inde accidit, quia veteres his appellationibus promiscue utebantur, ut supra dixi initio tit. *ex l. 19. D. de act. empti.* Cujus Ratio esse videtur, quia plenè diceretur actio empti venditi, vel actio venditi empti *arg. l. 33. D. de act. empt.*

Actio empti datur emptori contra venditorem soluto aut certè oblato pretio, vel postquam ejus nomine satisfactum est. *l. 11. §. Et inprimis. l. 13. §. offerri. D. de act. empt.* ut præstet ea, ad quæ vel ex pactis vel ex natura contractus tenetur. *d. l. 11. in pr.* Qualia sunt, I. ut rem ipsam præstet emptori, sive ut vacuam ejus possessionem ipsi tradat. Neque solum rem ipsam principalem, sed etiam accessiones ejus. II. Ut præstet emptori rem habere licere. Non enim cogitur in emptorem transferre dominium rei venditæ, idque propter libertatem commerciorum. *l. 25. §. 1. D. de contr. empt. l. 30. §. 1. D. de act. empti.* Quamvis non potest esse venditio si id agatur, ne dominium rei in emptorem transeat. *l. pen. § ult. D. de contr. empt.* Sed si venditor est dominus, etiam emptorem facit dominum *d. l. 11. §. Et inprimis. D. de act. empti.*

Si rem habere non liceat, quia scilicet evincitur à vero domino, datur emptori actio adversus venditorem de evictione, quæ non tantum ad pretium reddendum, sed etiam ad id, quod interest competit. *l. 70. D. de evict.* De qua etiam cautio interponi solet. Hæc tamen actio quibusdam casibus non datur. *c. ult. & ibi Canonistæ. ext. h. t.* Præterea ut venditor præstet vitia rei venditæ, de quibus & cautio ædilitia interponi solet: Et duæ competunt actiones ædilitiæ, Redhibitoria & Æstimatoria, sive quanto minoris. Quarum illa sex mensibus, hæc anno concluditur, de quibus est *tit. D. de ædil. ed. & tit. C. de ædil. act.* Præterea si quid venditor contra bonam fidem vel dixerit vel gesserit vel fecerit. *l. 38. §. 4. Cælius. D. de ædil. ed. l. 11. §. si quis virginem. D. de act. empt.* Omnia enim quæ contra bonam fidem fiunt, in hanc actionem veniunt, *l. 1. §. venditor. D. d. t.* Est enim hæc actio bonæ fidei. Denique venditor tenetur ad reddendas arras, *de quib. sup. d. ad initium h. t.* Item tenetur ad actiones suas cedendas, de qua cessione actionum item sup. actum *ad §. Cum autem emptio. vers. utiq; tamen. Quib. adde l. 31. D. de act. empti.* Interdum etiam tenetur ad ostendenda vel etiam tradéda emptori instrumenta fundi vel alterius rei venditæ, quæ scilicet ad probationem pertinent originis, ut ait *l. 24. C. de fideicom.* Ideoque instrumenta auctoritatis dicuntur. *l. ult. D. de pign. act. l. 48. D. de act. empti.* Et hæc de actione empti.

Actio venditi datur venditori contra emptorem ut impleat ea, ad quæ tenetur vel ex conventione, vel ipso jure ex natura hujus contractus. *l. 1. §. 19. ex vendito D. de act. empt.* Talia sunt. I. Pretium rei venditæ ut solvat emptor, unde actio venditi dicitur etiam actio pretij, ut sup. dictum, & quidem ita ut nummos faciat venditoris. *l. 11. §. 2. & inprimis. D. de act. empti.* Præterea ut usuras quoque pretij tardius soluti præstet ex mora, idque ex generali regula, qua traditur In judiciis b. f. præstare usuras ex his 2. causis: Ex mora, & ex pacto. *l. 32. §. 1. D. de usur. l. 2. C. depos. l. 2. & l. 13. C. de usur.* II. Ut præstet meliorationes & sumptus bona fide à venditore factos in re vendita.

III. Ut

III. Ut reddat id quod plus debito sibi traditum fuit. Sed de omnibus præstationibus harum actionum prolixius explicare non est nostrum. Videatur *tit. D. & C de act. empt.* cui post Gabr. Mudæum luculenti commentarij vice adhiberi potest Disput. Huberti Giphanij. Postremò observandum, Etsi regulariter ex hoc contractu ultrò citroque oritur obligatio, & proinde duæ actiones; interdum tamen ab uno tantum latere constare contractum, ut si quis à pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ipse tantum obligatus est pupillo. Pupillum vero non sibi obligat, *ut supr. d. in pr. tit. de auct. tut. vers. unde in his.* Videatur. *l. 13. §. 29. si quis à pupillo. D. de act. empti & vend.*

AD TIT. XXIV. DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

ALter contractus qui consensu fit, est Locatio conductio, *ut sup. d. tit. de oblig. ex consensu. l. 1. D. locati.* De ea prox. post emptionem venditionem explicatur tàm hîc quàm in D. & C. propter vicinitatem ac familiaritatē horum contractuum inter se, *ut hic in pr. & l. 2. D. eod.* Quis autem sit locator, quis conductor, in quorum definitione vulgo erratur, docet Cujac. *lib. 2. obs. cap.* 28. Summa hæc est, Cum in hoc contractu vel usus rei versetur, vel operarum præstatio, locatorem esse eum, qui dat aliquid utendum vel faciendum, conductorem eum qui utendum vel faciendum accipit, Locator qui utendum dat mercedem accipit à conductore, Locator qui faciendum dat, mercedem dat conductori pro opera. Quanquam etiam his qui operam præstat, eam locare alteri dicatur, Et conductor is, cui opera præstatur. *l. 22. §. cum insulam.* D. *h. t.* ut ita appareat hæc verba nonnunquam inter se permutari. Conductor qui utendum accipit, vocatur interdum inquilinus in ædibus scilicet seu prædio urbano, interdum Colonus in prædio scil. seu fundo rustico. Conductor qui faciendum accipit etiam Redemptor dicitur. Exempla passim obvia sunt *sub tit.* D. *Locati.* Porrò verbum locare Varro à loco dictum vult *init. lib. 4.* ut mercedem à merendo, *eod lib. 4. & init. lib. 7. de ling. lat.* Merces interdum etiam dicitur locarium, Item Pensio, redditus, vectigal. Verùm de reipsa videamus.

Ad init. tit. & §. 1. Et quæ.

Totus ergo tit. ferè in eo consumitur, ut ostendat id quod initio dicitur; Hunc contractum esse prox. emptioni venditioni, ijsdemque regulis Juris contineri vel consistere. Quanquam etiam cum alijs quibusdam contractibus affinitatem habet, in quibus usus rei versatur, ut cum commodato. Sed hoc gratuitum est, cum in locatione requiratur merces. Similes. g. sunt hi 2. contractus primum in eo, quòd sicut in emptione pretium est, ita hîc merces, & quidem certa ac definita. de qua quàm primum inter se contrahentes convenerint, contractus censetur perfectus, ita ut uni altero invito ab eo resilire non liceat. Quod si mercedis quantitas in alienum arbitrium conferatur, non aliter valebit locatio

tio quàm si is arbitratus fuerit. Perinde, ut est dictum de pretio *ad §. pretium autem vers. alioquin. sup. tit. praeced.* Item ut emptio venditio, Donationis causa facta nulla est. *l.36. & l.38.* D. *de contr. empt.* Ita & conductio donationis causa contrahi nō potest. *l.20.§.1. & l.46.D.h.t.* Sed in eo est differentia, ut quidam volunt, quòd pretium semper in pecunia numerata consistere debet: Merces vero etiam in alijs rebus, quæ pondere, numero mensurave constant, esse potest. *arg.l.27.C. h.t.* de quo vide Coras. *lib.2. Misc. cap.11. & Wes. ad tit. D. Locati num.7.* ut si quis fundum colat pro parte fructuum, qui colonus partiarius dicitur. *l.25. si merces. §.6. vis major. D. h.t.* Cui opponitur is qui nummis colit, sive qui ad pecuniam numeratam conduxit. *d.l.25. & l.26.§.1.D de furt.*

Alijs vero probabilior videtur Accursij sententia & aliorum communiter Dd. qui putant, mercedem tantum in pecunia numerata consistere debere. In eo quoque differunt quod locatio non mutat dominium. *l.39. non solet. D. h.t.* sed res in eodem statu ejusdem manet. *l.65.D.de contr.empt.* Ideoque conductor nunquam usucapere potest, aut jus proprietatis sibi usurpare, etiamsi per 30. vel 40. annos rem locatam tenuerit. *l.2. vers. eos autem. C. de praescr. 30. annor.* Non enim sibi, sed domino & locatori possidet, qui possessionem per eum retinet. *l.16.D.de peric. & commod. l.60.D.h.t.§.possidere.infr. de Interd.* Ut creditor quoque pro alieno possidet pignus. *l.10. D. de usucap.* Sine possessione vero non procedit usucapio *l.25. D. eod.* In emptione omnia alia sunt. Nam vel dominus est venditor, & emptorem quoque facit dominum per traditionem: vel dominus non est, & conditionem usucapiendi in emptorem transfert, siquidem is sit bonæ fidei. Sed quod dixi, locationem non mutare dominium, id intelligendum est de re, cujus usus alteri pro mercede cōceditur. Nam si quid faciendum detur alteri, ita ut is omnia faciat suis impensis, hîc proprietas rei transfertur, & tamen est locatio *l.22.§.cum insulam.D.h.t.*

Ad vers. Qua de causa, & §. Praeterea.

Non solum emptioni vicina est Locatio, sed etiam contractibus quibusdam innominatis, v.g. Facio ut des, Facio ut facias. Nam *ut supra. d. ad tit. de obligat.* quidam sunt contractus certi & nominati, quidam sunt incerti & innominati, qui ad IV. summa genera referuntur. Do ut des, Do ut facias, Facio ut facias, Facio ut des. De quib. Vid. *tit.D.de praescr. verb.*

Exempla hîc duo afferuntur. I. Dedi fulloni vestimenta poliendo vel lavanda, curandave, vel sartori sarcienda, nec ab initio ullam certam mercedem ipsi constitui, sed promisi tantum, me postea vestib. perpolitis vel consummatis tantum pecuniæ ipsi daturum, quantum inter nos convenerit. Hîc non est mandatum, quia id gratuitum est *l.13.in pr.D.de praescr. verb § ult. inst. de mand.* neq, etiam est Locatio conductio, quia nulla certa merces est constituta, nec ullus alius contractus ex nominatis monstrari potest ad quē pertineat hoc negotium. Est igitur contractus unus, ex innominatis, nimirum, in quo tu facis, id est, vestimenta polis & curas vel sarcinas, ut ego dem, puta, mercedem seu manupretium. Ideoque cum usitata & vulgaria actionum verba hîc deficiant, actio præscriptis verbis

verbis sive in factũ eo nomine datur, quasi de novo negotio. *l.22.D. præscr. verb.* II. Exemplum tale est, Cum unum bovem haberem & tu item unum, convenit inter nos, ut per denos dies ego tibi, & tu mihi bovem commodaremus ad opus faciendum, v.g. ad arandum, ad lignandum, &c. Bos meus apud te perijt, vel læsus est, vel etiam, cum ego dedissem meum, tu recusas mihi dare tuum. Quæritur, quæ actio mihi adversus te competat? Ex locato agere non possum, quia merces non intervenit, sine qua, & quidem certa locatio nulla est. *l.52.D. de donat inter vir. & uxor. l.23. D. commun. divid.* Non possum etiam commodati agere. Quia commodatum gratuitum est & sine mercede. *§. Item is cui supr. Quib. mod. re contr. obli.*

Hoc autem negotium non est gratuitum, neq; enim simpliciter tibi utẽdum do bovem meum, sed ita do, ut tuus mihi mutuas præstet operas. Ago igitur præscriptis verbis, utpote ex proprio quodam genere contractus, *ut hic ait Imp.* sive quasi ex novo negotio, ut ait Cajus *in d. l. 22.* Id est, ex contractu innominato sive incerto, qui est Facio ut facias. Simile huic exemplum est. *in l. 23. D. communi divid.* Ubi notand. est, quod actio præscriptis verbis vocatur actio incerti civilis, *ut in l.7. §. 2. sed etsi. D. de pact. & alibi.* Sed unde dicuntur Actiones præscriptis verbis? Inde, ut puto, quia Actori à prætore audita narratione facti præscriberetur certa ad agendum formula, cum aliæ actiones ex contractibus certis natæ habeant certas formulas in ipso edicto sive albo prætoris propositas, hæc verò præscribantur contrahentibus quasi ex re natâ. Et quidem non notis sive literis singularibus præscribebantur, ut aliæ actiones, sed integris verbis.

Ad §. Adeò autem.

Agitur hîc Emphyteusi, de qua est. *tit. D. Si ager vectig. vel Emphyt. pet. & tit. C. de jure Emphyt.* Ratio, cur de ea hîc explicetur ab Imp. hæc redditur, quia inter veteres dubitatum fuit, Essetne ad Locationem, an ad conductionem referenda. Rationes dubitandi infra intelligentur. Quæ dubitatio & q. fluctuatio composita est autoritate Zenonis in *l.1.C. de jure Emphyt.*

Dicamus igitur de Emphyteusi, & 1. quidem de ejus origine. Sunt qui putent hunc contractum esse civilem & à Zenone constitutum. Sed Hotomannus hîc ridiculum esse ait, Existimare, genus hoc contractus à Zenone primum excogitatum fuisse, cum constet multis ante Zenonem seculis agros quosdam vectigales fuisse sive in emphyteusin datos. Arg. sunt plurima loca in D. quorum quædam tantum indicabo, ut est *t. tit. Si ager. vectig. l.61. §. pen. & ult. D. de leg. 1. l. 31. D. de pign. l. 15. §. si de vectigalib. & §. seq. D. de dam. inf. l. 12. §. in vectigalib. D. de publ. in rem act. l.15. D. Qui satisd. cog. l.1. D. de cond. tritic. l. 10. D. fam. ercisc. l.7. l.66. D. de evict. l.219. D. de V.S. l.3. §. si jus 4. D. de reb. eor. qui sub tut. &c.* Ubi jus embateuticon vocatur, quod vulgò Emphyteuticum. Sumpsit vero Emphyteusis originem à civitatibus, quæ agros suos steriles civibus in pretium locare solebant excolendos & meliorandos pro certa pensione annua sive pro vectigali. *arg. l.1. D. si ager vectig. vel Emphyt. & d. l. 15. §. si de vectigalib.*

Quod

Quod etiam Byzantinos fecisse scribit Aristoteles *lib. 2. Oecon.* Verius igitur est ut dicamus, Juris gentium esse hunc contractum. Nam Zeno non primus intruduxit hoc negotium, sed dubitationem & controversiam veterum tantum, quæ de ea erant, sustulit ac decidit, & propriam contractus speciem fecit à locatione & venditione separatam. Nec obstat quod scriptura ad hunc contractum videatur necessaria. Nam ut maximè hoc concedamus, (de quo tamen dubitari potest) tamen scriptura hîc non est solennis, neque fit conceptis verbis, sed qualibuscunque, sicut & emptio, quam placuit fieri in scriptis, quam ob id nemo dixerit esse juris civilis.

Definiri potest Emphyteusis, quod sit contractus, quo prædium perpetuò alteri fruendum traditur ea lege, ut id melius & cultius reddat, & domino quotannis certam pensionem pro eo præstet. Hac definitione tota hujus rei natura continetur, quæ si explicetur, intelligemus, quid in prædio Emphyteutico habeat Emphyteuta, quid item dominus in Emphyteuta. Dixi, Emphyteusin esse contractum, *ut hic in verb. Talis contractus.* Item Emphyteuseco contractus, Et mox, ac si naturalis esset contractus. Item in *l. 1. C. de jure Emphyteut.* justum esse validumque contractum, *& in l. 2. C. eod.* In Emphyteuticarijs contractibus. Interdum tamen Emphyteusis significat jus in rem ex hoc contractum quæsitum, ut & pignus aliâs pro contractu usurpatur, aliâs pro jure in rem, aliâs pro ipsa re pignori data. Eodem modo Feudum. Dixi, quo prædium alteri traditur. Nam Emphyteusis propriè in prædijs & quidem in rusticis sive in agris constituitur, *arg. tit D. si ager vectig. pet.* Quanquam volunt quidem etiam in ædib. eam constitui posse. Dixi fruendum traditur, quod non est ita accipiendum, quasi Emphyteusis sit ususfructus quidam, ut vulgo putant. Nam & in locatione id agitur, ut conductori uti frui liceat. *l. 15. §. 1. D. h. t.* nec tamen locatio est ususfr. Vulgò traditur, In Emphyteusi utile dominium transferri in Emphyteutam: directum manere penes dominum prædij, quod in Feudo quoque fieri volunt. Sed hæc distinctio dominij jam pridem explosa est à recentibus, ut Duareno, tametsi eam excuset Hotomanus. Qui prædium hac lege accipit fruendũ, dicitur Emphyteuta, vel etiam Emphyteuticarius, qui dat, dominus Emphyteuseos. Prædium ipsum dicitur Emphyteuticum vel Emphyteuticarium, vel etiam Emphyteusis. Dixi perpetuò; Unde etiam hoc jus nonnunquam dicitur perpetuarium: & Emphyteuta Colonus perpetuarius. Etsi autem locatio quoque fieri potest in perpetuum *arg. l. 10. C. h. t.* non tamen ideo talis locatio erit Emphyteusis. Nam Emphyteusis jus in rem tribuit Emphyteutæ, quod vulgò, ut dixi, utile dominium vocant: Ex locatione verò nullum jus in re, sed tantum obligatio in personam oritur. Potest tamen Emphyteusis etiam ad tempus cõstitui. *l. ult. D. si ager. vectig.* &c.

Dixi ea lege, ut prædium melius & cultius reddat. Hic enim est finis Emphyteuseos, & hoc officium Emphyteutæ. Unde etiam nomen ei factum à verbo *ἐμφυτεύειν*, quod sationem significat & implantationem, quæ una est præcipua agriculturæ pars. Quid. g. si deteriorem faciat fundum? Non propter quãlibet deteriorationem, sed tantum propter magnã & enormem expelli potest, id quod

quod arbitrio judicis est relinquendum, ut rectè Menoch. De arbitr. jud. quæst. casu 78. Alterum Emphyteutæ officium est, Solvere domino Canonem quotannis, sive vectigal ipsi pendere. Ita enim vocatur pensio sive redditus; quàm diu id facit tàm diu ex prædio non potest expelli, ut hîc in verb. ut quàm diu pensio sive redditus, &c. *& l.1.D.si ag. vect.* Ubi notanda est inversio sive ὑστερολογία, sive præposteratio. Si verò in solutione cessaverit, hîc distinguimus, aut Emphyteusis est Ecclesiastica, aut civilis. In Ecclesiastica si intra biennium non solvat canonem, aufertur ei suum jus & prædio expellitur propter favorem Ecclesiæ. In civili, ut expelli possit, requiritur cessatio triennij. *l.2.C. de jur. Emph. Nov.7. & 120.c.ult. ext. h.t.* Olim pactum hac de re interponi solitum ostendit *l.31. D. de pign.* Sed hodie potest etiam sine pacto. Quid si dominus, offerente canonem Emphyteutâ, eum malitiosè recuset accipere, ut ita post cessationé triennij causam habeat ipsum expellendi? Tunc Emphyteuta offerre ipsi debet testatò pecuniam, eaque non accipiente obsignare & deponere: quo facto Emphyteuta liberatur periculo dejectionis. Est enim talis oblatio, obsignatio & depositio loco solutionis. *l. acceptam. C.de usur. l. obsignatione. C de solut.* Neque solum expelli non potest Emphyteuta, dum canonem soluit, sed etiam ad hæredem jus suum transmittit in quo differt Emphyteusis ab ususr. qui est jus personale, & morte usufructuarij extinguitur nec in heredem transit *§.fin.sup.de ususr.*

Deinde potest jus suum alteri vendere, donare, in dotem dare, alioq; quolibet modo alienare, *ut hic in verb. Cuive conductor, &c. ac multo magis oppignerare. d.l.31.D.de pign.* Sed vendere non potest, nisi consentiente & concedente domino, cui prius denuntiare debet, quantum pretij revera ab alio accipere possit, Quod tertium officium Emphyteutæ dici potest Habet enim dominus jus prælationis (quæ est exceptio quædam *à l.14.C.de contrah.empt.*) ut si ipse velit emere illo pretio quod Emphyteuta ab alio possit habere, quibusvis alijs emptoribus præferatur. Cogitur autem Emphyteuta declarationem voluntatis domini per duos menses expectare. His elapsis, si dominus vel neget se empturum, vel taceat, potest cui vult vendere, tàm meliorationes suas sive Emponemata & Emphyteumata quàm ipsum jus Emphyteuticum. Hic tamen novus Emphyteuta quinquagesimam pretij vel æstimationis partem domino pro introitu dare debet. Sin aliter hac in re versatus sit Emphyreuta, jure suo cadit. Hæc est summa *l.ult. C. de jur. Emphyt.* Quæ etiam de Ecclesiastica Emphyteusi disponuntur. *C.ult. ext. h.t.*

Postquam vero Emphyteuta jus suum perdidit, etiam pignoris jus evanescit, si forte alteri prædium oppignoravit. *l.31.D. de pign.* Hæc tamen omnia pactis immutari possunt, eaque observanda sunt. Quod generale est in omnibus contractibus, ut pacta dent legem contractib. *l.1.D.deposs.l.23.D. de R.I.c.85.contractibus de R.I.in 6.*

Sic & de periculo prædij Emphyteutici contrahentes inter se pacisci possunt, *ut hic in verb. Et siquidem aliquid pactum fuerit*, &c. Quid si nihil pactum sit? Hîc distinguendum est, Aut enim universalis est clades & interitus totius rei, ut si prædium occupetur vel perpetua inundatione, vel ab hostibus, sine

ſpe recuperandi: aut particulare aliquod damnum rei contigit. Totius rei interitus ad dominum pertinet. Is enim etiamſi nullus contractus intercesſiſſet, tamen id quod fatalitate ingruebat, habiturus fuerat, cum res unaquæque domino ſuo pereat. *l.6.& l.9.C.de pign.act.* Particulare damnum Emphyteuta ſibi adſcribet. Ita hîc Imp. *ex l. 1. C.de jur. Emphyt.*

Ergò non remittitur Emphyteutæ canon neque propter ſterilitatem, neque propter incurſionem militum, vel aliam vim majorem, qua fructus prædij ſunt: cum tamen colono ob has cauſas merces vel in totum vel pro parte remittenda ſit. *l.15.ex cõducto.§.ſi vis & §.ſeq.l.25.§.6.vis major.D.h.t.l.8 C.eod.Menoch. de arbitrar. judic. quæſt. caſu. 76. & 77.* Ex his igitur quæ dixi intellectu facile eſt neque ad emptionem, neque ad locationem Emphyteuſin referri potuiſſe, Ideoque rectè feciſſe Zenonem, qui ab illis ſeparatum & proprium hunc contractum eſſe juſſerit. Emptio & venditio non eſt, quia neque pretium hîc intervenit, ſed canon ſeu reditus annuus, neque res à domino in Emphyteutam alienatur ac transfertur, ut ipſe nihil juris retineat. Habet enim canonem, quo non ſoluto intra.3.vel.2.annos expellere poteſt Emphyteutam: habet jus προτιμήσεως, ſi Emphyteuta velit vendere: habet à novo Emphyteuta ἀποδεκτικόν: habet alia, de quibus ſupra. Locatio & conductio non eſt. I. Quia canon differt à mercede, cum merces uſum ferè rei æquet, Canon ſit exigium quiddam, tantùm ad recognitionem dominij datum. II. Quia locatio non tribuit ullum jus in rem conductori, nec dominium nec poſſeſſionem, ſed tantum obligationem inducit perſonæ, *ut ſupr.d.* Emphyteuta vero habet jus in rem, & proinde etiam actionem in rem de agro ſcilicet vectigali.

Ad §. Item quæritur.

Hæc ſumpta ſunt ex *l.2.§.1.D h.t.* Sicut autem de Emphyteuſi olim dubitatum fuit, eſſetne referenda ad emptionem, an ad locationem: ita & hoc negotio controverſum fuit inter JC. Eſſetne locatio & conductio, an verò emptio venditio, an utrumq;? Si quis cum altero ita contrahat, ut aliquid faciat, & quidem ex materia, quam ipſe ſuppeditet, v.g. ſi cum aurifice agam, ut annulos mihi conficiat ex ſua materia, id eſt, ſuo auro certæ formæ & certi ponderis, & à me certam pecuniam accipiat, puta 300. aureos. Idem de alijs rebus intelligendum eſt, in quib. ſimul & opera præſtatur & materia, v.g. de ſtatua, de vaſe, de veſte, de poculo. Casſius volebat hîc partim eſſe emptionem venditionem, reſpectu ſcilicet materiæ: partim vero locationem & conductionem, nimirum ratione operæ & artificij. Alij, Proculiani, opinor, quorum ſententia obtinuit, ajebant hîc unum eſſe negotium & tantum contrahi emptionem & venditionem annulorum, v.g. Perinde enim hoc eſſe ac ſi quis jam ante ab aurifice confectos emat. Videri etiam abſurdum quod unum idemque negotium diverſo jure cenſeatur, contra. *l.23.D.de uſucap.* Huc pertinet *l. 20. Sabinus. & l. 65. convenit. D.de contr.empt.l 34.D.de aur.& arg.leg.* Sed hîc obijcitur *l.22.item ſi.§.2.cum inſulam.D.h.t.* Ubi ſi cui inſulam ædificandam locem in mea area, ſed ita, ut conductor ſive redemptor operis omnia faciat ſua impenſa, id eſt, ut non tantum operam

ram

ram fabrilem mihi præstet, sed etiam materiam, sive ligna, lapides, cæmenta subministret, non est emptio venditio, sed locatio conductio, tametsi proprietas ejus quod ædificatum est, in me transferatur. Resp. Id fieri ratione soli & areæ, non ratione contractus. Ita enim jus est, ut solo cedat, quicquid in eo ædificatur, etiam ex aliena materia, ut *supr. d. ad tit. de rer. divis. §. cum in suo solo & §§. seqq. l. 30. redemptores in pr. D. de rei vind.*

Ad §. Conductor autem.

Agitur hîc de ijs, quæ in isto contractu præstanda sint, sive quæ in hanc obligationem & actionem veniunt. Sed Imp. tantum de unius partis obligatione, conductoris scilicet, loquitur. Cum autem ultro citroque obligatio & actio hinc nascatur, & locatori actio locati competat, conductori verò conducti, *ut d. supr. in fi. pr.* dicendum hîc aliquid est etiam de Locatoris obligatione: Et quia locator aliquando utendum quid dat, aliquando faciendum: conductor quoque aliquando utendum accipit, aliquando faciendum: separatim de his 4. casib. videndum. Omnium vero commune est hoc, ut observent legem locationis. Lex locationis dicitur id quod pactum & conventum est inter contrahentes. Hoc enim legem dedit contractui. *l. 1. §. si convenit. D. deposit. l. 23. D. de R. I.* Si nihil convenerit inter eos ex æquo & bono præstandum est, Id est, id servabitur, quod natura hujus contractus postulat, qui est bonæ fidei. Quales contractus multa requirunt, etiamsi nihil de ijs dictum sit. Est & hoc commune, quod dolus & culpa in hoc contractu præstetur, casus non item. *l. 3. §. 1. vers. misatur. l. 23. D. de R. I. l. 28. in judicio. C. h. t.* Quia utriusque utililitas hîc vertitur *l. 5. §. 1. nunc videndum D. commod.* Cui obstare videtur, quòd hîc Imp. ait. Tantùm custodiam exigi à conductore, qualem diligentiss. pater fam. suis rebus adhibet. Ergo etiam levissimam culpam præstat. Quidam respondent per distinctionem inter locationem rei & locationem operæ, ut in illa tantum dolus & culpa levis: in hac etiam levissima culpa & custodia diligentiss. patrisfam. præstetur. Sed repugnant verba hujus textus, quæ expresè de locatione rei agunt, & in ea quoque custodiam requirunt diligentiss. Alij aliter. Sed fatendum est, Minus accuratè hîc locutum esse Imp. & secundum alia loca hunc accipiendum. Et hæc quidem in genere: nunc de singulis. 4. Casib. videamus. Et primò quidem Locator qui utendum dedit, obligatur, ut præstet conductori uti frui licere, sive per seipsum, sive per alios uti frui velit, ut si alteri locaverit, quod ei facere licet, nisi aliter convenerit. *l. 9. in pr. l. 15. ex conducto. l. 60. cum in plures. D. h. t. l. 6. C. eod. Reform. Norimb. tit. 17. l. 3. & tit. 21. l. 1.*

Si non liceat uti frui conductori, vel per locatorem, vel per alium, quem locator prohibere potuit, tenetur ipsi ad id quod interest. *d. l. 15. §. 8. planè. l. 24. §. 4. Colonus. l. 33. D. h. t.*

Sed hîc observandum, Posse conductorem à locatore expelli quibusdam casibus, de quibus *in l. 3. C. h. t. & c. 3. §. 1. ext. eod.* & V. enumerantur *in Reform. Norimb. tit. 17. l. 5.*

Quanquam si sine justa causa expellatur, ex conducto cum eo agere potest, *l.15.C.h.t.* II Locator tenetur rem locatam reficere: Si non reficiat, potest conductor vel relinquere conductionem, vel si ipse impensas fecerit in refectionem, deducet eas de mercedib. *l.18.in pr.& l.19.§.illud.D.h.t.* Obligatur enim locator de impensis utilibus & necessarijs à conductore factis. *l.55.§.1.l.61.in pr. D.h.t.* III. Debet etiam pati, ut conductor, finita locatione, tollat quæ fortè adjecit ædificio. Item ut res suas invectas illatas auferat soluta mercede. Nam ante solutionem locator taciti pignoris jure illas retinere potest. *l.19.§.4.si inquilinus.& §.seq. D.h.t.* In prædijs inquam urbanis invecta illata sunt tacitè oppignerata: in rusticis non nisi ita expreſsè convenerit. Nam hîc fructus sunt pignori. *l.4.in pr.* D. *de pact.l.4.D.In quib. cauſ. pignus vel hypoth. &c.l.5.C.h.t.l.24.§.1.D.eod. Reform. Norimb. tit.21.l.1.& tit.22.l.7.*

Præterea tenetur hic locator de damnis, quæ vitio rei locatæ conductori acciderunt: ubi tamen interdum distinguendum est inter scientiam locatoris & & ignorantiam. *l.19.§.1.D.h.t.* Sunt & alia quædam, ad quæ hic locator obligatur, quæ ex Pand. petantur. Nunc Secundò videamus, conductor, qui utendum accepit ad quid obligetur. Et is quidem principaliter ad mercedem constitutam, non tamen ad majorem. *l.16.legem.C.h.t.* Etiamsi plures sint eiusdem rei conductores, singuli in solidum tenentur. *l.47.D.h.t.l.13.C.eod.* Possunt enim duo rei locationis in solidum esse. *l.13.§.9.duo.D.h.t.* Neque solum ad ipsam mercedem, sed etiam in usuras post moram. *l.2.& l.17.præſes.C.h.t.l.54.quæro.D.eod.* Eoque nomine, (*ut ſupr. d.*) locatori res invectæ illatæ in prædia urbana, in rusticis fructus tacitè sunt obligata. Quod si pensionem non soluat conductor intra biennium, expelli poterit, & si diu non appareat, desiderare potest locator, ut ædes per publicas personas aperiantur, & res quæ ibi sunt, describantur. *l.54.§.1. & l.56.D.h.t.* Interdum tamen remissio fit mercedis ob magnam sterilitatem, ut supra de Emphyteusi diximus. Vide hac de re *Geil.lib.2.obſ.23.*

Secundò hic conductor tenetur locatori restituere rem conductam finito conductionis tempore. v.g. Si in lustrum res locata sit, ut ferè fiebat apud Romanos *l.25.C.h.t.* Vide Notas meas ad Sent. Pauli *lib.5.tit.12.f.* 240. Et quidem ita restituere debet integrã rem ut accepit. *l.29.C.h.t.* Si rem non restituat, quanti in litẽ jurârit locator, tanti cõdemnabitur *l.48.§.1.D.h.t.* Imò etiã punitur tanquam invasor alienæ possessionis, ut æstimationẽ rei præstet. *l.34.C.eod.* Quod si domino patiente in cõductione etiã post tẽp⁹ manserit, tacito cõsensu videtur recõduxisse. *l.13.§.ult.& l.seq.D.h.t.l.16.C.eod.* Invit⁹ v. retineri nõ debet *l.11.C.h.t.*

Sequitur tertiò de locatore, qui faciendum vel etiam custodiendum dedit, sive qui operas alterius conduxit, quomodo & ad quid is obligetur. Hic inprimis mercedem pro opere constitutam dare debet, Et quidem etiamsi alter nõ præstiterit operas, modò per eum non steterit, quò minus præstaret, nec ab alio interea mercedes acceperit. *l.19.§.9.cum quidam.l.38.D.h.t.* Huc pertinet quæst. An mercenario, qui valetudine adversa aliave justa causa impeditus operas integras præstare nequit, tamen merces tota debeatur. Et deberi ait Vaud. *lib.1.quæſt.* 7. Secundò etiã ad usuras mercedis ex mora tenetur. *arg. eorum quæ ſupr. dixi.*

Tertiò

Tertiò ad cedendas conductori actiones suas, si is, pro re fortè perdita locatori satisfecerit. *l.25.§.ult.& l.63.§. vestimenta D.h.t.* Conductor denique qui faciendum vel custodiendum aliquid accepit, sive qui operas suas alteri locavit. I. necessitate adstringitur faciendi ejus, quod faciendum suscepit *l. 22. §. cum insulam. D. h.t.*

Deinde in faciendo damnum & interitum rei præstare debet, qui ipsius, vel eorum, quorum opera utitur, culpa atque imperitia contigit. *l.9. §. Celsus. l. 13.§. si gemma. & §. seq. l. 25. §. qui columnam. D.h.t.* In re autem pro cujus custodiâ mercedem accepit, periculum hujus custodiæ præstat *l.40 D. h.t.* Postremò obligatur ad restituendum idipsum, quod faciendum vel custodiendum accepit, vel aliud ejusdem generis, si ita datum sit, ut non idem redderetur, sed simile. *l.11.§. qui vinum. l.13.§. si fullo. & l.25.§. ult. D.h.t.* Ex his jam facilè intelligitur, ex qua causa cui, adversus quem, & ad quid Locati actio & actio conducti detur, quæ actiones etiam ad hæredes transeunt, ut omnes actiones ex contractu venientes. *l.19.§. ex conducto. D.h.t. l.49. D. de obl. & act.* Notandum est etiam, cum actione locati sæpè concurrere & alias, ut actio ex L. Aquilia, Actio ex l.12.tab. actio de arboribus furtim cæs. Item vi bonorum raptorum, &c.

Ad §. ult. Mortuo.

Si conductor intra tempora locationis moriatur: morte ejus non extinguitur conductio, sed hæres ejus eodem jure in illa succedit, idque non solum in locatione perpetua verum est, sed etiam in temporaria, *ut hîc, & l.10. C. eod.* Differt igitur in eo locatio conductio à societate & Mandato, qui contractus non transeunt ad hæredem. *§. solvitur. inf. h.t. prox. §. Item si adhuc. inf. de Mand.* Ratio differentiæ ibi dicitur: Quæritur, an locatoris morte extinguatur locatio? Hîc interest, an ad certum tempus, item an in perpetuum, an verò ita, quoad vellet is qui locavit. Illo enim casu manet locatio & hæredes quoq; obligat. Hoc casu, quia post mortem nemo amplius velle potest, & voluntas cum persona extinguitur, morte tollitur locatio. *l.4. D.h.t.* Quod si ususfr. sit locatus ab usufructuario, morte locatoris finitur locatio: secundum illud vulgare: Extincto jure dantis extinguitur jus accipientis *arg. l.31. D. de pign.* Morte vero conductoris nō item. *l.8.§. ult. D. de peric. & commod. l.10. si domina. C. de usufr. & habit. l.18. si socrus C. de jure dot.*

Postremò hîc observandum, non omnes res locari posse quæ & vendi possunt. Exemplum est in servitute prædij quæ vendi quidem potest. *l.3.§. si iter. l.6. §. si tibi. D. de act. empti.* locari non potest. *l. 44. D. h. t.* cum tamen ususfr. locari possit. *l.9. & l.12.§. usufructuarius. D. de usufr.* R. Diff. sup. vide. Et hæc differentia locationis à venditione superioribus addi potest. Sunt etiam personæ quædam, quæ conducere prohibentur, ut tutores & curatores ex patrimonio Cæsaris aut rebus fisci antequàm rationes reddiderint, nihil conducere possunt. *l. 49. οἱ ἐπίτροποι D. h.* Sic milites & curiales, decuriones, nihil conducere possunt, id si faciãt graviter puniuntur. *l.30.31 & ult. C.h.t. l.50. si ignorans. D. eod.* Sic clerici quoq; prohibentur *c.10. in verb. conductores secularium rerum. ext. ne clerici vel Monachi secularibus negotiis se immisceant.*

AD TIT. XXV. De SOCIETATE,

DE Societate, tertio contractu ex iis, qui consensu fiunt, breviter hæc V. capita explicabo. 1. De vocabulo societatis & aliis ei affinibus. 2. De definitione & divisione societatis. 3. De pactis in hoc contractu usitatis, sive quibus legibus societas contrahi possit. 4. De V. modis tollendæ societatis. 5. & ult. de iis, quæ socius socio præstare debeat & de actionibus ex hoc contractu. Ad primum quod attinet, idem interdum valent & æquè latè patent hæc tria verba Societas, communio & consortium, & quamlibet communionem complectuntur, unde & Matrimonium dicitur consortium omnis vitæ. *l. 1. D. de rit. nupt.* quæ societas, vitæ dicitur. *in l. 1. D. de rer. amot. & l. 52. D. de re iud. l. 4. C. de crimin. expil. hæred.* Et promiscuus usus *in l. 17. C. de furt.* Sed propriè loquendo inter se differunt. Consortium enim propriè dicitur inter fratres, quorum eadem est sors, sive quibus est commune patrimonium pro indiviso, sive qui parentum hæreditates indivisas retinent: ut ait *l. 52. cum duob. §. 6. Papinianus D. pro socio.* (Die noch in gesammeten Gütern und ungetheylter Erbschafft sitzen) qui Latinis sunt consortes, his opponuntur dissortes, qui divisum ac distinctum habent patrimonium, vide Cujac. *lib. 5. obs. c. 10.* Communio propriè dicitur quæ extra societatem nullo habito tractatu inter aliquos extitit. Dd. vocant societatem incidentem. Id fit, si vel eadem res duobus aut pluribus legetur, donetur, per fideicommissum relinquatur, si plures cohæredes sint aut bonorum possessores. His omnibus non datur actio pro socio, quæ est ex vero contractu, sed ex q. contractu, vel actio communi dividundo, vel familiæ erciscũdæ. *l. 31. & 2. ll seq. D. h. t. & dicetur inf. ad §. Item si inter. & §. seq. tit. de obl. quæ ex q. contr. nasc.* Societas interdum dicitur in specie Publicanorum, qui erant Romæ Equites, conductores vectigalium pop. Rom. de quibus sæpè apud Ciceronem, Livium & apud JCtos veteres. De utilitate hujus contractus videatur Cic. *pro Rosc. & pro Quint.* Definiri potest societas, quod sit contractus consensu initus, quo inter duos pluresve vel omnium bonorum, vel alicujus partis, vel certæ alicujus negotiationis communio contrahitur ejusq; lucrum & damnum communicatur. Alia definitio Societatis videatur apud Cujac. *in paratit. D. & C.* Quæ definitio ex seqq. intelligetur.

Ad init. tit. Societatem.

Dividitur societas I. in voluntariam, quæ fit tractatu habito: & in Necessariam, quæ sine tractatu ex re ipsa oritur, quam propriè vocari rerum communionem sup. diximus; Eaq; separatur à societate *in l. 23. D. de reg. jur.* Ea huc non pertinet, sed ad q. contractus, de quib. inf. Voluntaria societas etiam voluntarium consortium appellatur *in l. 52. §. idem Papinianus. & in l. 63. §. in hæredem. D. h. t.* Et ita appellat etiam Cicero *in orat. pro Quintio.* Vide Cujac. *lib. 10. obs. cap. 25.* II. Societas ratione materiæ sive rerum est triplex, aut universorum bonorũ seu universarum fortunarum, aut negotiationis alicujus, ut venalitiariæ, item linteariæ vel sagariæ. *l. 52. §. 4. quidam sagar. D. h. t. l. 5. §. si plures. D. de trib. act.* Aut deniq; certæ rei, *ut hîc in pr. & l. 5. l. 63. & 65. D. h. t.*

In

In universorum bonorum societate hoc singulare est, quòd omnes res, quæ contrahentium sunt, communicantur etiam sine traditione. *l.1.§.1. & l.2.* D. *h.t.* Quod tamen socius postea emit, ipsius fit, non commune, sed actione pro socio cogitur id communicare. *l.74* D. *h.t.* Quid si simpliciter & indefinitè societas cõtrahatur? Resp. Tum videtur coita omnium esse, quæ ex quæstu veniunt, id est, negotiatione & opera. *l.7.* D. *h.t.* Non igitur communicabitur hæreditas non donatio, non legatum. *l.9. & 4. seqq.* D. *h.t.* quæ tamen in universorum bonorum societate in commune redigenda sunt. *l.3.§.1. & l.13.* D. *h.t.* III. Ratione formæ vel modi contrahendi dividitur societas, ut alia sit perpetua, id est, quoad vivant contrahentes, alia ad tempus, alia ex tempore, alia purè, alia sub conditione, *l.1. in pr.* D. *h.t.* De conditione, an sub ea contrahi possit societas olim dubitatum fuisse ostendit *l.pen. C.h.t.* Illa vero divisione opus non est, ut dicamus Aliam esse honestam, aliam turpem. Nam rei turpis seu flagitiosæ societas nullas vires habet. *l.83. & l.57.* D. *h.t. l.35.§.2.* D. *de contr.empt. l.1.§.14. planè.* D. *de tut.ex rat.distr.*

Ad §. Et quidem si nihil. & §. seq. De illa sanè.

De modo & legibus coeundæ societatis hæc tenenda est distinctio: Aut enim nullæ expressæ sunt partes lucri & damni: aut expressæ sunt, aut denique partes lucri tantum sunt definitæ, omissa mentione damni, aut contra. I. Si nihil de partibus lucri & damni expressum sit, res expeditissima est. Tunc n. æquas eas esse debere constat, *ut hîc & l.29. in pr.* D. *h.t.* Quemadmodum si testator plures instituat hæredes non adjectis partibus, hæredes erunt in partibus virilibus, id est, æqualibus *§. si plures. sup. de hæred. inst.* Æquas tamen hîc partes intelligere oportet, non proportione Arithmetica, sed Geometrica, prout scilicet aliquis in societatem plus minúsve contulit vel operæ vel industriæ, vel pecuniæ. *arg. l.6. & 80.* D. *h.t.* II. Si partes lucri & damni expressæ sunt, hæ servari debent, *ut hîc ait Imp.* Definiri autem possunt partes lucri & damni, non tantum ab ipsis contrahentibus sed etiam in arbitrium alicujus tertij conferri *l.75. & 5. seqq.* D. *h.t.* secundum ea, quæ sup. dixi *ad §. pretium. vers. sed & certum. de empt. & vend.* Sed hîc magna est varietas pactorum, in quibus diligenter cavendum est, ne cõventio sit iniqua, & ne societas fiat leonina, quam ex Fabulis Æsopi appellare solebat Cassius JC. ut est *in l.29.§.ult.* D. *h.t.* Nam hæc conventio non valet, die geding seyen unkräfftig und von unwürden/ *inquit Reform: Norimb. tit.* 18 *l.1.* ut unus ex sociis lucrum tantum, alter damnum solus sentiat. Est enim contraria naturæ societatis, quæ jus quodammodo fraternitatis in se habet, ut ait Ulp. in *l.63.* D. *h.t.* Hæc vero conventio æqua est, ut alter nullam partem damni sentiat, lucrum tantum sit commune, *ut hic §.2. vers. Et adeò.* Si scilicet tanti sit opera illius socij, quanti est damnum. *l.29.§.1.* D. *h.t. vid. Geil. lib.2. obs. cap.24.* Nam regulariter cum societas contrahitur, tàm lucri quàm damni communio initur. *l.67.* D. *h.t.* Multo igitur magis valent hujusmodi conventiones, ut non utiq; ex æquis partibus socij sint, sed ad unum duæ vel tres partes lucri & damni pertineant, ad aliũ tertia, *ut hic. vers. nec n. unquam.*

Quod ita intelligendum, si modò plus contulit in societatem vel pecuniæ vel operæ vel cujuscunque alterius rei causa, puta, gratiæ. *l.6. l.29.* D. *h.t.* Item hæc

hæc, ut duas partes lucri unus, damni tertiam, alter duas partes damni, tres lucri capiat. De cujus tamen conventionis æquitate dubitatū fuisse olim inter Q. Mutium Scævolam & Servium Sulpit. indicat *hîc Imp. & Paulus in l.31. D.h.t.*

Ratio, cur valeat talis conventio est, quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera, ut justum & æquum sit eos meliore conditione in societatem admitti, v.g. Si quis solus naviget, solus peregrinetur, solus pericula subeat, si valeat solertia aut gratia, arte aut industria. *d.ll.* Non enim necesse est, ut socij æquis partibus æquis facultatibus omnes sint, cum plerumq; pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonij deest. *l.5.§.1.D.h.t.* Et idonei nō tàm patrimonio quam fide quoq; æstimantur. *l.112.in fin. D. de V.O.* Unde fit, ut ita contrahi quoque possit societas, ut alter pecuniam tantum conferat, alter operam. Sæpè enim opera valet pro pecunia, ut hîc dicitur. Et pretium operæ artis est velamentum. *l.52.§.utrum ergo. vers. si in coeunda. D.h.t.* Quo sensu Plautus in *Asinaria scena 3.* dixit: Par pari datum hostimentum est opera pro pecunia. Hostimentum enim compensatio est, ut exponit Festus. Sed quomodo inibitur ratio lucri & damni? An hæc utraque simul erunt in societate? Resp. Imp. si in alia re lucrum quæsitum, in alia damnum illatum sit, compensatione horum inter se facta, id solum quod superest intelligetur lucro esse, & id dividetur inter socios pro rata. Hoc est, Lucrum non intelligitur, nisi deducto prius damno, ut ait *d. l. 30. D.h.t.* Sicut & bona intelliguntur ea, quæ deducto ære alieno supersunt. *l. 39. subsignatum.§.1.D.de V.S.* Et fructus deductis necessariis impensis *l. 36. si à non domino.§.ult.D.de hæred pet.l.4. de oper.serv.* Et peculium, quod superest deducto eo quod patri vel iis qui in eadem potestate sunt, debetur. *§.5. infr. Quod cum eo qui in alio potest.*

Ad §.3. Illud expeditum.

Distinctionis sup. propositæ membra duo jam sunt exposita, nimirum quid juris sit. 1. Si nullæ sint expressæ partes nec lucri nec damni, 2. Si expressæ, sequitur. 3. Quid juris sit, si in una tantum causa partes expressæ sint, in altera omissæ. Hîc res expedita est, ut eædem partes serventur in omisso, quæ dictæ sunt in expresso: v.g. Quod de lucri partibus dictum fuerit, idem etiam de damni partibus servabitur, & vice versa. Contrariorum enim eadem est ratio. *arg. l ult. §.ult. D. de leg. 3.*

Ad §. Manet. &c. §§. seqq. usque ad §. ult.

IV. Societas ita ut diximus contracta V. ferè modis solvitur: 1. Renunciatione. 2. Morte unius ex sociis. 3. fine negotij. 4. publicatione bonorū unius socij. 5. Cessione bonorum. Huc pertinent *l.4.§.1.l.63. verum est. §. ult. D. h. t. in qua l.63. hi 5. modi ad 4. ab Ulpiano revocantur*, Ex personis, ex rebus, ex voluntate & actione. Renunciatione tollitur societas, id est, voluntate contraria & dissensu. *dd.ll.* quomodo etiam mandatum tollitur. *§. mandatum. inf. tit.1.* Tamdiu enim societas durat, quàm diu consensus partium integer perseverat, *ut hîc & l.5.C.h.t.* Renunciatio autem vel ab omnibus sociis fit, sive omnium dissensu: vel ab uno. *d.l.65.§.3.dicimus.D.h.t.*

Deinde

Deinde vel expreſsè fit renuntiatio id eſt verbis, vel tacitè, id eſt re ipſa, ſi nimirum ſocij ſeparatim agerent & quiſque ſibi negotiari inciperet. *l.* 64. D. *h. t.* Eſtque hîc eadem vis taciti quæ expreſſi diſſenſus: Sicut etiam ſocietas dicitur contrahi poſſe re, id eſt, tacito conſenſu. Si omnes partes renuncient, non eſt dubium, quin jus ſocietatis diſſolvatur *per l.35.D.de R.I.& §.ult. inf. Quib. mod. toll. obl.* Sed ſi unus tantum renunciet reliquis invitis refert. 1. An intempeſtivè renuntiârit. Nam intempeſtiva renunciatio. Id eſt, eo tempore facta, quo interfuit ſociorum non dirimi ſocietatem, ipſo jure ſocietas in æſtimationem venit, etiamſi nihil de ea convenerit. *l.14.§.ult.l.65.§.Labeo.& § ſeq.D.h.t.* 2. An callidè & dolo malo renuntiârit, eo animo ut lucrum ſibi forte obveniens ſolus auferat. Hic enim à ſe quidem liberat ſocios ſuos, ſe autem ab illis non liberat proinde lucrum quidem & commodum, quod captaverat, communicare cogitur cum ſocijs, damnum, vero ſolus ipſe ſuſtinebit. Exemplo ſit hæreditas, ut hic *ex l. 65. §.3.dicimus.*D.*h.t.* Eſt enim hæreditas interdum damnoſa. *l.32.ſi. hæreditatem.D. Mand.* Quicquid autem is, cui renuntiatio facta eſt, poſtea acquiſiverit, ipſi ſoli conceditur, *ut hic verſ.Ei verò.* Quemadmodum & is qui renuntiaverit, non cogitur communicare, quod poſt renũtiationem acquiſivit, quia nec dolum in eo admiſit *d.§.dicimus.in fi.* Et hoc eſt quod Imp. ait, ſi quid lucri faciat quod non captaverit. Notandũ a. eſt Renuntiationẽ etiã per procuratorẽ & procuratori fieri poſſe. *l.65.§.7.renuntiare & §.ſeq. D. h. t.* Imò etiam curator furioſi (qui ſcilicet poſt contractam ſocietatem furere cœpit) renuntiationem ejus nomine tàm facere quàm accipere poteſt *ex l. ult. C. h. t.* Ratio autem, cur renuntiatione etiam unius ſolvatur ſocietas, eſt, quia nulla ſocietatis in æternũ coitio eſt. *l.70.D.h.t.* Et nemo invitus in communione ſtare cogitur. *l.ult. C.com. divid.* Idque propter lites & diſcordias, quas communio parat *l. 77. §. dulciſſimis. D. de leg. 2.* propter naturalem hominum facilitatem ad diſſentiendum. *l.17.§.principaliter D de recep.arbit. Et Ariſtot. les 2. politic.* Ubi diſputat contra communionem omnium rerum Platonicam. Eſt igitur hoc ſingulare in illo contractu quod re non amplius integra etiam ab uno reſcindi poſſit invito altero contra *l.5.C.de obl.& act.* Ratio hujus, ut ita dicam, ſingularitatis intelligetur ex ijs, quæ dixi.

Ad §. 5. Solvitur adhuc.

Secundo Morte ſolvitur ſocietas, ſicut Mandatum. *§.Item ſi.inf.tit.prox.* Intellige, non tantum ſi omnes ſocij moriantur, ſed etiam ſi unus. Et adeò quidem, ut etiamſi plures maneant ſuperſtites. *ut hic & l.65.§.4.morte.*D.*h.t.* Hæres enim ſocij ſocius non eſt *l.40.D.h.t.* Nec ſocietas ad hæredis ſocios tranſit *d.l.68. §.10.* Ubi etiam ratio, Ne ſcilicet ſocius alicui fiat, quem quis non vult ſibi ſocium: quæ eſt etiam in *l.19.D.h.t.* In ſocietate enim certæ perſonæ induſtria ac fides eligitur. Etſi autem penè ſimilis eſt omnium hominum natura *l.pen. C. de contr. ſtip.* tamen longa eſt inter eos differentia & ingenij & doctrinæ & inſtitutionis. *arg.l.31.D.de ſolut.* Quæ eadem ratio quoque efficit, ne in tutela ſuccedat hæres. *l.14.§.1.D.de tut.* Eſt & hæc ratio, cur ſocietas ultra mortem porrigi non poſſit, quia libertas ultimæ voluntatis hoc pacto conſtringeretur. *l. 52. cum. duob. §. 9.*

Idem respondit. D. *pro socio*. quod fieri non debet. vide Cujac. *lib*. 10. *obs. c*. 25. ubi explicat. Ac ne quidem ob initio pacisci possunt socij, ut hæres etiam societati succedat. *l*. 35. *& l*. 59. *D. h. t*. Quod igitur imp. ait *ex d. l*. 65. §. *Morte*. Nisi in coeunda societate aliter convenerit, hæc exceptio non de quolibet intelligenda est, Quasi socij contrahentes etiam hæredib. societatem parere possint, sed de pacto, quo se obstringunt ad manendum in societate, non obstante morte unius ex socijs: possunt tamen postea socij superstites hæredem defuncti in societatem adsciscere. *l*. 37. *& l*. 63. §. 8. *in hæredem*. *D. h. t*. Et hoc est alterum singulare in hoc contractu, ut etiam in Mandato, cum alij contractus etiam ad hæredes transeant, *ut sup. de locat. & conduct. vidimus*. §. *ult*. Etsi autem ut dictum est hæres socij socius non sit, tamen actiones pro socio tam ipsi quàm contra ipsum dantur. *l*. 35. *nemo potest*. *& l. seq. d. l*. 63. §. 8. *& d. l*. 65. *morte*. *Digest. h. t. leg*. 3. *C. eod. plura de hoc modo vide in Reformat. Norimberg. tit*. 18. *l*. 7. *& apud Ant. Tessaur. Decis*. 242. ubi probat contra Joan Fabri sententiam hîc, societatem solvi morte nec transire ad heredes etiamsi juramentum intervenerit: quia hoc intelligatur secundum naturam actus cui adijcitur.

III. Fine negotij solvitur societas. Nam si inter aliquos certæ rei vel negotij societas est contracta, simulatque finis negotio impositus est, ea finitur. *l*. 65. §. *Item si alicujus*. D. *h. t*. Notandum est autem hunc modum non ad omnem societatem tollendam pertinere, sed tantum ad specialem, nimirum quæ de certo negotio est contracta. Ad finem rei refero etiam interitum rei. *l*. 65. §. 10. *etiam si alicujus*. *D. h. t*. Ubi etiam exponitur quid juris sit, si ante finem negotij unus ex socijs moriatur, & res postea sequatur. Distinguitur enim hîc ut si ignota fuerit ejus mors, societas maneat, si nota, non maneat: perinde ut in mandato.

IV. Modus est Publicatio universorum bonorum unius ex socijs. Hæc est quasi mors quædam civilis, ut hîc in verb pro mortuo habetur, & in *l*. 65. §. 12. *publicatione*. *& l*. 36. *verum est*. §. *ult*. D. *h. t*. Deportatio enim est media capitis diminutio, cum qua publicatio sive confiscatio omnium bonorum ferè solet esse conjuncta. *l*. 31. *D. depos. l. ult. D. de interd. & releg. l. ult. C. de sent. paß. & restit*. Si ergo non omnia bona, sed pars tantum publicetur, manet societas in reliquis bonis.

V. Modus est Cessio bonorum, Egestatem vocat Modestinus *in l*. 4. *in fi. D. h. t*. & Paulus eam indicare videtur, cum ait. *in l*. 65. §. 1. *D. h. t*. Bonis unius socij à creditorib. venditis, Nam bonorum venditio cessionem sequitur *ut in l*. 3. 5. *& paßim. D. de ceß. bon. l. ult. D. de curat. bon. dando*.

Hujus Modi eadem est ratio quæ superiorum duorum. Quia scilicet hîc nullæ amplius supersunt res, quorũ sit societas. Sciendum est autem permissum esse lege Julia ijs qui mole æris alieni prægravantur, ut ad evadendam carceris pœnam & creditorum inquietationem bonis suis cedere possint *l*. 1. *&* 4. *C. qui bon. ced. poß*. Unde hoc auxilium dicitur Miserabile *in l. ult. C. d. tit. qua de re inf. plurib. ad* §. *ult. tit. De action*. Sed hic observanda est exceptio, Nisi ad huc etiam post cessionem bonorum in societatem consentiatur. Tunc enim nova societas incipere videtur ut hic. Quam exceptionem puto locum habere etiam bonis

socij

socij publicatis. Quia quicquid post publicationé acquirit, non sequitur fiscum sed eum, cujus bona publicata sunt. *l.22.§.5.is cujus.D.Mand.*

Ad §. ult. Socius pro socio.

Ut in cæteris contractibus, ita & in societate quæri solet de præstationibus, sive de iis, quæ in obligationem & actionem veniunt. Primum igitur socius socio bonam fidem præstare debet. *l.52.§.1.D.h.t.* Est enim judicium pro socio bonæ fidei. *l.78.D.h.t.§.actionum.inf.de action.* & quidem adeò, ut in eo fides exuberet, ut ait *l.3. C.h.t.Vid.& Cic. pro Roscio.* Ideoq; si dolo malo aut casu fraudandi coita sit societas, ipso jure nullius est momenti. *l.3.§.ult.D.h.t.* Cum igitur bona fides contraria sit fraudi & dolo. *d.l.3.§.ult.* si quid socius dolo commiserit, nõ est dubium quin eo nomine teneatur actione pro socio, *ut hic & l.59.§.ult.D.h.t.* Sed de culpa dubitatum fuit, primum, An eam quoq; socius præstare teneatur? Deinde quam speciem culpæ? Est enim triplex culpa, lata, levis, levissima. *ut sup. tit.de oblig.* Et obtinuit, ut culpæ etiam nomine teneatur, *ut hic & d.l.52.§. utram ergo. & §. si qui societatem. & l.72.D. h.t.* Ex qua l. 52. hic paragraphus paucis interjectis desumptus est. Sed quam speciem culpæ socius præstabit? De lata non est dubium quin eam præstet, cum in contractibus ea prope dolum accedat. Ait igitur Imp. ex Cajo, Culpam hîc non esse dirigendam ad exactissimam diligentiam, id est, Culpam hîc præstandam esse non levissimam, sed levem tantum, idque ex generali illa ratione, Quia hic contractus fiat utriusq; contrahentium causa. *l.23.D.de R.I.l.5.§.1.D.comm.* Sufficit igitur si talem diligentiam rebus communibus adhibeat socius, qualem suis rebus adhibere solet. Unde sequitur, si diligentissimus paterfam. in suis rebus esse consueverit, & in illis exactissimam diligentiam adhibeat, etiam in communibus eandem præstare debere. Si vero in propriis negligens sit, ac desidiosus, licet ipsi etiam in communibus esse negligenti. Nam sibi imputet socius, qui talem assumpserit, cum is qui cũ alio cõtrahit sit vel esse debeat non ignarus conditionis ejus. *l.19.D de R.I.* Est enim societas voluntaria, & in ea libera socij electio versatur, nec cogitur quisquam habere socium quem nolit. *§.solvitur.sup.h.t.l.19.qui admisit. & l.65.§. societas.D.eod.* Si ergo socius negligentia sua societati damnum dederit, id præstabit, etiamsi id contigerit per servum, quem societati præposuit *l.23.§.1. D h.t.* Ac ne quidem compensabitur hoc damnum cum commodo & compendio, quo aliâs fortè sua industria societatem auxit. Hoc enim ipsum non relevabit. *d.l. 23.§.1.l.25.& l.seq.D.h.t.* Sed si quam negligentiam omnes ex æquo socij adhibuerint, ipso jure compensatio fit negligentiæ, & desinunt sibi invicem esse obligati. *l.10.in pr.D.de compens.* Sed etsi duo dolo malo fecerint invicẽ de dolo non agent. *l.36.D de dol mal.* Denique socius etiam usuras post moram in refundendo eo quod ex societate lucri fecit præstare debet. *l.60.in pr.D.h t.* Hoc enim in omnibus bonæ fidei judiciis generale esse dixi sup. *ex l.32.mora §.2. in bon.fid.D. de usur.l.2.C depos.* Sicut & hoc generale est, quòd socius non præstat damna fatalia, sive casus fortuitos, qui imprudentibus accidunt *l.23.D.de R.I. l.52.§.3. damna D.h.t.l.6. quæ fortuitis, C. de pig.act.*

Sic si quid socius in rem communem de suo constante societate impenderit, ejus quoque usuras percipiet, quas potuisset habere, si alij mutuum dedisset. *l.67. si unus.§.pen.D.pro socio.* Dixi, manente societate, nam si quid post eam distractam impenderit, id non actione pro socio, sed communi dividundo consequetur. *l.65.§.13 si post distractam.D.h.t.* Nam cum sit judicium pro socio generale (ut & tutelæ & negot. gest.) *l.38.pro socio.D.h.t.* semel tantum datur: Communi vero dividundo sæpius, quoties scilicet res aliqua indivisa relicta est. Ad hæc ergo quæ dixi & alia consequenda actio pro socio datur cuilibet ex sociis & quidem regulariter finita societate. Nonnunquam tamen necessarium est etiam ea manente agi pro socio actione *d.l.65.§.15.D.h.t.* Sufficit autem unum judicium etiamsi plures inter eosdem societates sint certæ *d.l.52.§.14.D.h.t.*

Porrò de hac actione sciendum, ex ea socium non condemnari in solidum, sed tantum in id, quod facere potest socius: quod summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat *l.63. verum est. D h.t.§. sunt præterea. vers. Item si socius.inf de action.* Sed ita demum hoc beneficium socio datur, si confiteatur se socium fuisse. Inficiatione id perdit. *l.62.§.ult.D.h.t.* Fidejussori autem socij id non datur, cum beneficium sit personale. *d.l.63.D.§.1.h.t.* Hic igitur in solidum condemnabitur.

Postremò notandus est hîc quoque locus de concurrentibus actionibus, ut sunt actio communi dividundo, quæ datur quoties aliqua res indivisa est relicta, etiam post judicium pro socio, quod judicium est generale, ideoque semel tantum datur. *l.31.h.t.* Item concurrit actio Furti, item Legis Aquiliæ. *l.45.rei communis.& 6.ll.seqq.l.65.§.3.si post.D.h.t.* Potest enim etiam socius furtum facere in re. *l.45.D.de furt.communi.* Quanquam plerumque (in dubio, obscuro scilicet) credendum est, eum qui partis dominus est, jure potius suo re uti quàm furti consilium inire. *l.51.merito.in pr.D.h.t.* Plura de societate vide in *Reformat. Norimb.tit.18.l.1.& 6.seqq.*

AD TIT. XXVI. DE MANDATO.

NOn agitur hic de quibusvis mandatis. Non enim de mandatis principum, quæ sunt pars Juris, *& de quibus est tit.C.* Sed de mandato privatorum, quæ quartam & ult. speciem constituunt eorum contractuum qui consensu fiunt. Dicitur mandatum à manu data, ut vult Isidorus. Qui mandatum exequendum in se recepit dicitur in jure Mandatarius & procurator. Gewalthaber/ Befelch/ Anwalt/ Vollmächtiger. Est autem procurator vel rerum sive bonorum omnium, vel aliquorum, vel litium. *l.1.D.de procurat.* De posteriore genere dicam inf. *ad tit.de his per quos agere possumus.* Verba hîc usitata sunt, Rogo, peto, volo, mando, *l.1.§.2.item sive.& l.ult §.ult.D.h.t.* Jussus verò est propriè in eos, qui juri nostro sunt subjecti, *init.tit.de nupt sup.* Quanquam hoc verbum etiam sit generale, *arg.tit.D.quod jussu.* Definitur Mandatum contractus consensu initus, quod quis rogatus alienum negotium honestum sine mercede gerendum suscipit. Dixi esse contractum, id est, συνάλλαγμα. Nam obligationes mutuæ

tuæ ex eo naſcuntur. §.1.*ſup.de aut.tut.* Et Mandati actio ultro citroque eſt *l.19. D.h.t.* ſive mandati actio & directa eſt & contraria, *ut eſt in tit.D.Mandati vel contra.§.ex quib.dam.inf.de pœn.tem.litig.* Dixi, conſenſu initus *ex init.tit. de oblig. quæ ex conſenſu. item ex l.1.in pr.D.h t.* Hinc fit ut mandatum non tantum inter præſentes, ſed etiam inter abſentes per epiſtolam vel nuntium fieri vel ſuſcipi poſſit. *l.1.§.1.D.h.t.* Dixi alienum negotium, quia in propriis negotiis non eſt mandatum, ſed tantum conſilium *§.tua tantum.inf. h. t. l. 2. in fi.D.eod.* non igitur hinc naſcitur mandati actio contra eum, qui nobis conſilium dedit non fraudulentum. Liberum enim eſt cuique apud ſe explorare, an ſibi expediat conſilium. *§.tua tantum.inf.h.t.l.2.in fin.D.eod.* Eſtque conſilium extra parendi neceſſitatem poſitum, ut alibi ait JC. Et conſilij non fraudulenti nulla eſt obligatio, ut habet regula Juris *l.47.in pr.D.de R.I.* Quò pertinet illud Ciceronis *lib.ult.ad Attic.epiſtola 7.* Quid debet qui conſilium dat præſtare præter fidem. Et Symmach. *lib.6. Ep.60.* Iniquum eſt fidem ſuadentis incertis futurorum caſibus obligari. Sic & proxenetæ in jure noſtro tantum de dolo tenentur. *l.2. D.de proxenet.* Sed interdum eſt Mandatum quod videtur eſſe conſilium, ut ſi tibi certã perſonam deſignem, cui pecuniam tuam fœnori des, quam aliâs non eras daturus, qua de re olim controverſia fuit inter JCtos, *ut hîc. §.tua tantum.& l.6.§.5.planè. D.h.t. Vid.Cujac.lib.17.obſ.cap.29.* His addendum, quod nec is qui alium cõmendat eo nomine obligatur mandati. *l.12.§.12. cum quidem.D.h.t.* quamvis pudor alicujus fortaſſe oneretur, ſi indignum commendaverit. Unde prudenter monet Horatius : *Qualem commendes, etiam atque etiam aſpice: ne mox*
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

Sic & ea quæ in venditionibus commendandi cauſa dicuntur à venditore, habentur ac ſi neque dicta neq; promiſſa eſſent. *l.37. quod venditor. D. de dolo malo.* Interdum etiam proprium negotium gerens habebo utilem actionem mandati. *l.22.§.interdum.D.h.t.* Dixi, Rogatus ſuſcepit, utrumq; enim requiritur, & ut rogetur aliquis, ſive ut ipſi mandetur, & ut ſuſcipiat. Si quis ſuſcipiat alienorũ negotiorum curam & adminiſtrationem ultrò, non rogatus & ſine mandato, non eſt Mandatarius, neq; Procurator, ſed tantum negotiorum geſtor, qui tamen interdum etiam voluntarius procurator dicitur, ut apud Cicer. & *Paul. lib.1. ſent. tit.3.* nec eſt hic contractus, ſed quaſi, *de quo inf.ad tit.de obl. quæ quaſi ex contractu.§.1.* Contrahitur tamen mandatum etiam ſine rogatu, ſeu expreſſo conſenſu: ſeu tacito: ut ſi quis præſens paſſus eſt alium pro ſe fidejubere. Item ſi ratum habeat quod geſtum eſt. *l.ſi remunerandi gratia.6.§.2.l.18.l.53.l.60.ſemper. D. de R.I.* Neq; verò ſufficit ad mandatum contrahendum, ut quis rogatus ſit, niſi etiam ſuſceperit. Liberum eſt autem cuilibet ab initio non ſuſcipere mandatũ. *§.mandatum.inf.h.t.& l.22.§.ult.D.eod.l.17.C de procurat.* Sed poſtquam ſuſceperis, cõſumandum eſt. *arg.l.5.C.de obl.& act.& l.35.§.ult.C. de donat.* Dixi, ſine mercede, Mandatum enim niſi gratuitum nullum eſt. Nam originem trahit ex officio atq; amicitia, cui contrariũ eſt merces *l.1.obligatio.§.ult.l.36.§.1.D. h.t. l.13.ſi tibi rem. D.de præſcr.verb.l.15.litem.C de procurat.* Interveniente igitur mercede non contrahitur mandatum, ſed locatio & conductio. *d.§.ult.& d.l.1.& 2.§.ult.D.eod.* Sed

hic notandum est, Etsi merces in mandato intervenire non potest, tamen remunerationis gratia salarium sive honorarium sive honorem intervenire posse. *l. si remuneradi gratia in pr. D. h. t.* Ut etiam in deposito. *l. 2. § 24. si in re. D. vi bon. rapt.* Et tum mandatarius vocatur solariarius *l. 10. §. idem Labeo. D. h. t fac. l. 1. D si mens. falsi mod. dix.* Sed id non actione mandati, verum extra ordinem peti potest, modò certum aliquid sit promissum. *l. 7. & l. 56. qui mutuam. §. 3. salarium.* D. *h. t. l. 1. & 17. C. eod.* Certum inquam debet esse salarium. Nam procurator incertum litis contra bonos mores redimit, quod vulgo vocant Dd. pactum de quota litis *l. 6. § ult. cum l. seq.* D. *h. t. l. 53. D. de pact. l. 15. D. de procurat. l. 20. l pen. & ult. C. h. t. l. 1. §. 12. si cui cautum. D. de extraord. cognit.* Quintilianus *lib. 12. c. 7.* hanc cautioné causidicorum vocat piraticam. *Ved And. Geil. lib. 1. obs. cap.* 44.

Denique dixi, honestum negotium. Nam rei turpis mandatum nullum est, sive mandatum, quod est contra bonos mores, nón est obligatorium. §. *illud quoque infr. h. t. l. 6 §. 3. rei turpis. l 12. §. 11. si adolescens. l. 22. § qui adem.* D. *h. t.* Inter ipsos inquam non est obligatorium, sed tertio alicui, cui alterius mandatu nocitum est, non modò is qui nocuit, sed etiam is qui mandavit tenetur. *l. 11. non solum §. si mandatu.* D. *de injur.* Sic & societas rei flagitiosæ nullas vires habet: ut dixi *supr. ad tit. de societ.*

Ad init. tit. & §§. 6. seqq. Item §. penult. Mandatu.

Initio hujus tit. Imp. *ex l. 2.* D. *eod.* dividit Mandatum ratione finis sive utilitatis ejus, cujus negotium geritur, Et ait, Quinque modis id contrahi utiliter. Sextum vero modum esse inutilem, Nimirum, si mihi mei tantum causa aliquis mandet: Quæ in textu satis clara sunt, & de postremo casu dixi supr. Est & alia divisio *in §. penult. h. t.* sed communis cum alijs contractibus, nimirum, quod mandatum non solum purè, sed etiam in diem & sub conditione contrahi possit. *l. 1. §. 3.* D. *h. t.* Item dividi potest Mandatum in generale, quo omnium negotiorum administratio alicui mandatur, & speciale, id est, certi negotij. *l. 12.* D. *de solut. l. 11. §. ult. & l. seq.* D. *de pig. act. l. 1. & l. 63.* D. *de procur.* Faciunt etiam vulgo alium procuratorem cum libera, alium sine libera administratione. Sed hanc divisionem in jure inauditam esse ait Giphan. *Disput. de vitios. divisionib. juris thesi 115.*

Ad §. 7. Illud quoq.

De hoc §. diximus supra in definitione Mandati ad finem.

Ad §. Is qui exequitur.

Pertinet hic § ad officium mandatarij, quid scil. in negocijs alterius quæ gerenda suscepit præstare debeat. Inprimis igitur mandatum susceptum consummare & explere debet, non autem deserere promissum officium §. 11. *mandatum inf. h. t. l. 27. qui mandatum.* D. *h. t. l. 17. §. sicut.* D. *comm.* Huc Plautinum illud pertinet: Mandatis rebus prævorti decet, i. e. mandatum diligenter & ante omnia exequendum. Deinde id ipsum quod mandatum est, facere debet diligenter, atque ut Homerus ait μεμνῆσθ' ἐφετμέων, id est, custodiendi sunt fines mandati, *ut hic & l. 5.* D. *eod.* D Chrysostomus *homil. 68. in Ioan. cap.* 12. egregiè ad hanc rem:

Qui

Qui mandatum accipiunt (inquit) neq; facere neq; dicere volunt præter voluntatem mittentis, quousq; mandatum impleant, ne quid transgrediantur. Qui præscriptos sibi fines excesserit, aliud quid facere videtur, de quo vid. *Gell. lib.* 1.*c.*13. *& Cujac. lib.*12. *obs.c.*34. Quid ergò, si quis alteri rem certo pretio emere, aut pro eo in summã certam spondere jussus, v.g. In 100. excedat illam summam? An actionẽ habebit contra eum, qui mandavit? Hìc inter se dissentiebant Sabiniani & Proculiani, de qua dissensione & de tota hac quæstione *vide & Cujac. lib.* 12. *obs. c.* 34. Illi enim putabant, nullam omninò actionem eum habere, ne quidẽ in illam summam, quæ mandato comprehensa est. In qua sententia etiam Cajus fuisse videtur *in l.* 41. *potest & ab una. D h.t.* Negat enim Mandati judicium competere mandatario ei, qui egressus fuerit mandatum. Ratio eorum erat in stricto jure posita, quia qui excessisset fines mandati, aliud quid fecisse videretur. *d. l.* 5. *in pr.* Proculus vero existimabat, usque ad pretium statutum mandatarium rectè agere. Ejusque sententia tanquam benignior meritò prævaluit. *l.* 4. D. *h.t.* Nam qui mandavit mihi, ut fundum sibi emerem 100. aureis, vel ut in tantam summã pro se sponderem, quem ego emi 130. aur. vel in eum summam fidejussi, hoc saltem voluisse videtur, ut 100. aureos sua causa in emptionem collocarem, & ut in 100. fidejuberem. De eo igitur meritò tenetur, ut maximè non teneatur de superfluo. Non enim convenit b. fidei de apicib. juris disputare. *l.* 29. *si fidejussor.* §.4. *D.h.t.* Sic & de donatione quæ excedit 500. aureos, nec insinuata est, quæri solet, An in totum illa sit inutilis, an valeat saltem ad 500. quod verius est. *l.* 34. *C. de donat.* Et similis locus fuit *supr.* §. *præterea inutilis de inut. stipul.* De eo verò inter omnes constat, si quis minoris emerit, quàm ipsi mandatum erat, vel si in minorem summam spoponderit, eum habere mandati actionem. Cum enim in majore summa contineatur minor, qui mandat 100. aureis emi, is utique etiam mandasse intelligitur, ut minoris puta 80. emeretur, si possit, ut hic in fine §. cum hoc sit notum emtoris quam minimo emere. *l.* 8. *si voluntate C. de rescind. vend.* Quæri hic potest: quam culpam Mandatarius præstare debeat. De dolo non est dubium, quin is hic præstetur. Est enim hoc judicium bonæ fidei. De lata quoque culpa res certa est eam præstandam esse, cum sit dolo proxima, & prope fraudem accedat, imò sit dolus & fraus in contractib. sed de levi & levissima culpa incidit controversia. Et cum hic contractus mandantis utilitatem potissimum respiciat ex generali Regula *in l.* 23. *D. de R. I. & l.* 5. §.1. *D. commod.* dicendum videatur, neutram culpam esse præstandam, sed dolum tantum & latam culpam: Ait tamen *l.*14. *C h.t.* omnem culpam à mandatario præstandam esse. E. & levissimam. Huc accedit, quod aliena negocia exacto officio gerenda esse ait *l.* 21. *C h.t.* Idque etiam eo confirmari videtur, quod negotiorum gestor, qui mandatario similis est, tenetur ad exactissimã diligentiam, proindeq; culpã præstat. §.1. *inf.t.*1. Sed verius puto, mandatorem nõ præstare leviss. culpã, sed levem tantum. Nam ut taceam, quod hoc in negotiorum gestore non sit perpetuum, de quo *inf. tit. seq.* Non videtur etiam valere argumentatio à negotiorum gestore ad mandatarium. Ab illo.n. plura requiruntur quã ab hoc, cum negotiorũ gestori, qui ad aliena negotia sine mandato domini accessit, objici possit, quod ea non relique-

liquerit alijs, si non summam & exactissimam diligentiam adhibere volebat, cum alij fortassis rectius illa curâssent. In mandatario autem libera versatur electio, & sibi imputet dominus negotiorum quod non elegerit diligentiorem cui suas res mandaret. *arg. §. ult. supr. tit. praced.*

Ad §. 9. Rectè quoque.

Modi solvendi mandati tres ferè hic exponuntur. 1. Revocatio à mandatore ejusve procuratore facta. 2. Mors alterutrius. 3. Renuntiatio facta à mandatario. Primum enim potest mandator pœnitentia forte ductus revocare mandatum, cum ipsius plerumque causa mandatum fiat, & quisque suo favori renuntiare possit. Et mandatum extinguitur finita voluntate. *l. 12. Si vero non remunerandi. §. 16. si mandavero. D. h. t.* Et potest etiam per procuratorem fieri revocatio *l. 30. si hominem. D. h. t.* Sed fieri debet revocatio, dum res adhuc est integra, id est, dum mandatarius nondum cœpit mandatum exequi. Tum enim nihil interest mandatarij.

Quod si res non amplius sit integra, non potest is qui mandavit, consilium mutare in mandatarij injuriam, per reg. Juris *in l. 75. D. de R. I.* ne damno afficiatur is qui mandatum suscepit. *l. 15. D. h. t. l. 3. in verb. Re integra. C. eod.* cum nemini officium suum debeat esse damnosum. *l. 7. D. testam. quemadmod. aper.* Hinc fit, quod dominus procuratorem ante litem contestatam mutare & litem in se transferre potest, Post litem contestatam non potest nisi causa cognita. *l. 16. ante & l. seq. D. de procurat.*

Ad §. 10. Item si adhuc.

Mandatum solvitur morte tam mandatoris, quam mandatarij, quæ scil. re integra adhuc intervenit, *ut hic §. item si adhuc l. 26. in pr. & l. 2. l. 7. si quis. §. 3. l. 57. & seq.* D. *h. t. l. 15. C. Mandat.* Mandatarij quidem, quia ut in societate, ita & in mandato certi hominis fides eligitur *d. l. 57.* D. *h. t.* Mandatoris vero, quia voluntas morte extinguitur. Si quid igitur Mandatarius post mortẽ mandantis vel mandatarij hæres eo mortuo egerit, eo nomine non habet mandati actionem, si tamen per ignorantiam impletum est mandatum, utilitatis causa dicitur competere actio, *ut hic & d. l. 26. in pr. & d. l. 57. cum seq.* Nam justa & probabilis ignorantia facti scilicet non debet cuiquam afferre damnum. Idem est dicendum etiã in priore modo, cum scilicet mandatarius ignorans revocatum esse mandatum, aliquid agit *l. 15. D. h. t.* Idem etiam in solutione facta ab eo qui ignoravit, mandatum revocatum esse vel manumissum esse servum dispensatorem, qui pecunijs exigendis à domino præpositus erat. Valet enim & sustinetur solutio ex eadem æquitate & benignitate, *ut hic & l. 12. §. sed etsi l. 18. l. 32. l. 34. §. si Titium. l. 51. D. de solut. l. 3. C eod l. 41. D. de reb. cred.* Interdum tamen mandatum non extinguitur morte ejus, qui mandavit, ut si post mortem ejus executio mandati extendatur, v. g. Si quis mandârit, ut post mortem sibi monumentum fieret, Item ut heredibus suis se mortuo res aliqua emeretur. *l. 12. §. ult. & l. seq. D. h. t.* Sic morte non extinguitur mandatum actionum, quæ vulgò cessio dicitur, siquidem heredem

redem relinquat is qui actionem cessit. Is enim debet præstare factum defuncti. *l. ex qua persona de R. I.* ejusque nomine exercebitur actio directa, cum sit q. eadem persona cum defuncto: Si heredem non relinquat, directa non datur: non enim est cujus nomine exerceri possit, utilis tamen datur. *l.1. & ibi Giphan. C. de ob. & act. Cujac. lib.2. obs. C. 31.*

Ad §. 11. Mandatum non.

Sicut à parte mandatoris per revocationem, ita etiam Renuntiatione sive pœnitentia mandatarij mandatum soluitur. Sed hìc animadvertendum est, ut renuntiatio valeat, & mandatarium ab obligatione liberet, eam tempestivè & re adhuc integra fieri debere, cum scilicet mandator vel per se vel per alium exequi possit negotium, *ut hìc & l. 22. §. ult. & l.27. si quis. §. 2. qui mandatum. D. h.t.* Intempestiva renuntiatio non prodest mandatario, nisi justa causa impeditus fuerit; quales enumerantur aliquot *in l.23. & 2. ll. seqq.* D. h.t. *Et apud Paul. lib.2. sent. tit. 15. in pr.* Aliàs regulariter qui mandatum suscepit, si potest id explere, non debet deserere promissum officium ut supr. in definitione Mandati dixi.

De Actionibus breviter admonendum, ex hoc contractu oriri duas actiones, scilicet Mandati directam & Mandati contrariam. Unde sic conceptus est *tit. in D. & C. Mandati vel contra.* Quarum illa datur ei, qui mandavit, ejusve heredibus contra mandatarium, ejusve heredes. 1. Ad implendum mandatum. *l.6. §.1. D. h.t.* 2. Si non impleatur, ad id quod interest mandantis, impletum fuisse mandatum. *l. 8. §.6. mandati. D. h. l. 16. C. h. t.* 3. Ad reddendum id, quod penes ipsum est ex mandato, imò etiam ad usuras præstandos ex mora. *l.10. §. si procurator. & l. 20. D. h. t.*

Mandati contraria datur mandatario, ejusve heredibus contra mandantem & ejus heredem. 1. Ut agnoscat & ratum habeat id, quod suo nomine gestum est. *l.12. §. Contrario. & §. si mihi mandaveris. D. h. t. Paulus d. lib. 2. sent.* 2. Ut sumptus & impendia mandati exequendi gratia facta, eorumque usuras præstet: etiamsi ipse dominus minus forte impensarum fecisset, si ipse negotium gessisset. Item, etiam si Procurator contrariam sententiam reportaverit. *d. l. 12. § si mihi mandaverit. & l.27. §. pen. D. h. t. l. 4. C. eod.* Ut si fidejussor pro debitore soluerit, habet ejus recuperandi causa actionem mandati, *de quo supr. dict. ad §. si quid autem tit. de fidejussor.* Non tamen omnia Mandatori imputabit. *l.26. § 6. non omnia. D. h. t.*

Denique ut obligationem Mandatarij in se suscipiat. *l.45. D. h. t.* Differt autem directa actio à contraria, cùm in alijs tùm in eo, quod directa quidem infamat. *l.5. §.6. D. de his qui not. infam. l.21. C. h. t.* Contraria non item. *d. l.5. §. ult. & l.5. D. depos.* Postremò notandum hìc, Interdum ab uno tantum latere actionem mandati dari. Exemplum est *in fine tit. nostri & aliud in l. 41. potest & ab una. D. h. t.*

AD TIT. XXVII. DE OBLIGATIONIBUS, Quæ quasi ex contractu nascuntur.

Dictum est huc usque de contractibus: Sequitur de quasi contractib. Sunt enim negotia quædam, quæ neque ad contractus rectè referuntur, quia in illis non præcessit utrinque consensus & tractatus sive judicium animi, vel conventio, affectio, judicium animi: neque tamen ad maleficia sive delicta pertinet: Ideoque appellantur q. contractus, quamvis generaliter accepto contractus verbo etiam quasi contractus veniunt, sicut Maleficij appellatione etiam q. Maleficia continentur, *ut hîc in pr. & l.1.D.de obl. & act.* Tales hîc enumerantur quinque. 1. Negotiorum gestio. 2. Tutela. 3. Communio rerum. 4. Aditio hæreditatis. 5. Indebiti solutio. Sed quia de hac postrema specie satis diximus *ad §. Is quoq. supr. Quib. mod. re contrah. obl.* De 4. reliquis hîc tantum explicabimus. Descriptus est autem totius hic tit. *ex l.5.D.de obl. & act.* Ac pertinent huc multi *tituli in D. & C. ut 1.de negot. gest. 2. de tut. & rat. distrah.* Item *de contr. tut. & utili act.* Item *communi divid. & fam. ercisc. & tit. C. communia utriusq. judicij tàm fam. ercisc. quàm com. divid.* Videntur & alij esse quasi contractus, nam etiam in judicio q. contrahitur, *l.3.§.11.D.de pecul.* & ex eo nascitur actio judicati. Dixi, in judicio q. contrahi. Nam verè contrahi non potest dici, cum judicium reddatur in invitum. *l.83.inter.§.1. D. de V.O.* Item jusjurandum nam & ex jurejurando datur actio. *§. item si quis postulante. infr. de act. tot. tit D. & C. de re jud.*

Ad §. 1. Igitur cum quis.

Negotiorum gestio prima ponitur inter quasi contractus propter similitudinem, quam habet maximam cum mandato. Solet enim Imperator ea, quæ de eodem penè loquuntur, simul tractare ac in confinio ponere. *l. 2. §. Quartus autem locus. C. de vet. ju enucl.* Unde pleraq; omnia, quæ tit. præced. dicta sunt de obligatione ex mandato, eadē etiam de negotiorum gestione intelligenda sunt. In eo potissima est differentia quod illic mandatum præcedit administrationem: hîc sine mandato ultrò & sua sponte aliquis se negotijs alienis offert. Ideoq; ibi dominus negotiorum non nisi sciens & consentiens obligatur; hîc etiam ignorans, *ut hîc.* Unde & impubes seu minor, ac furiosus, quatenus locupletiores facti sunt, tàm ex hoc q. contractu quàm ex alijs obligantur, qui ex vero contractu obligari ita non solent. *l. 2. C. de neg. gest. l.6. in pr. & l. Nesenius.34. D. eod. l.33. in fi. D. pro socio. l.29. Si quis cum existimaverit. D. comm. divid. l.3. apud Iulianum in fi. D. Quib. ex causis in possess. eatur. & l.46. D. de obl. & act.*

Item in eo differunt, Quod mandatarius suscepto mandato etiamsi nihil gesserit tenetur; negotiorum gestor nisi gesserit non tenetur. *l.6.§.1. D. Mand.* Ex hoc autem q. contractu nascuntur duæ actiones, ultro citroque quarum una datur domino negotiorum adversus gestorem, vocaturque actio negotiorum gestorum

gestorum directa. Altera datur ei, qui negotium gessit contra dominum gestæ rei, & dicitur actio negotiorum gestorum contraria, *ut hic* : Quæ actiones ad quid dentur, sive ad quid alter alteri hîc obligetur, breviter videamus, ubi prius illud admonuerimus, has actiones dari, etiamsi unum tantum negotium sit gestum. *l.3.§.negotia.* D. *de negot.gest.* Sicut etiam una res bonorum appellatione venit. *l.2.§.11.vel cujus bona.* D. *vi bon. rapt.*

Primum igitur negotiorum gestor tenetur rationes reddere suæ administrationis domino & restituere omne id quod ex negotijs alterius retinet, ejusq; etiam usuras. *l. 24. C. de usur. l. 20. C. de negot. gest. l. 6. §. ult. l. 19. §. pen. l. 38. D. eod.* Et eo nomine condemnatur quicquid nō ut oportuit gessit, *ut hic in vers. sicut autem & l.2.D.de negot.gest.* Præterea tenetur de eo, quod negotia absentis semel inchoata deseruerit. Id enim non faciet impune. Nam alius fortassè suscepisset, si ipse non cœpisset. *l.17. in commodato. §. sicut autem.* D. *commod.* De alijs verò ejusdem negotijs intelligendum est, quod ait. *l.20. C. de negot. gest.* propriā gestoris voluntatem administrationis finem facere. Satis enim abundeque sufficit, si cui vel in paucis negotijs amici labore consulatur. *d.l.20. C. de negot. gest. l.39.§.2.D. de administ.* Nisi alius contemplatione ejus negotij quod est gestum, ad ea quæ non gessit, non accessisset, etsi vir diligens etiam ea gesturus fuisset. *l.6.§.ult.* D. *de negot. gest.* Quæritur autem hîc de culpa, quam præstet negotiorum gestor. Et regulariter quidem tenetur, non tantum de dolo & lata culpa, sed etiam de levi *d. 20. C. de negot. gest. l.11. D. eod. unde Paul. lib 1. Sent. tit. 4. ait*, & bonam fidem & exactam diligentiam reb. ejus, pro quo intervenit, præstare debere, sive omnem diligentiam præstare debere. *l. 24. C. de usur.* Interdum verò etiam levissimam culpam & exactissimam diligentiam præstat, uno scilicet casu, si alius diligentior commodius administraturus fuisset negotia, quem ille impedivit, ut hîc. Vide *Cujac. ad Paul. lib.1. tit.4. in pr.* Imò & casum nonnunquā præstat, si novum negotium gesserit, quod dominus non solebat facere. *d.l.11. D. eod.* Aliàs autem non interveniente speciali pacto casum fortuitum non præstat. *l.22. C. de negot. gest.* Et contra dolus tantum in hac negotiorum gestorum actione præstatur, ut si quis affectione ductus alterius negotijs se obtulerit, ut ne bona ejus distrahantur. *l.3.§.interdum. D. de negot. gest.*

Sic igitur negotiorum gestor domino obligatur & ad hæc datur actio negotiorum gestorum directa. Dominus vero cujus gesta sunt negotia, vicissim obligatur gestori. 1. ad reddendum id, quod utiliter in rem ipsius impendit & erogavit, sive quicquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est, id est, ut præstet eum indemnem. *l.2. l.31. l.45. D. de neg. gest.* Unde etiam actio sumptuum dicitur hæc actio negotiorum gestorum contraria. *l.10. in pr.* D. *de negot. gest.* 2. Etjam ad usuras sumptuum obligatur. *l.18. C. de neg. gest. l. 19. §. non tantum. D. eod.* 3. Tenetur dominus ad liberandum gestorem ea obligatione, quam is forte suscepit negotiorum ipsius nomine. *d. l. 2.* D. *de neg. gest.* Ratio, cur dominus gestori etiam ignorans obligetur est utilitas domini, quæ exponitur hîc ab Imp. & à Cajo *in l. 5.* D. *de obl. & act. & ab Vlpiano in l. 1.* D. *de negot. gest.*

Est & illa ratio quia officium suum nemini debet esse fraudi. *l. 7. sed siquis ex signatorib. D. testam. quemadm. aper.* Adeò autem obligatur dominus negotiorum gestori, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus felix fuerit, vel feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cœperit. *l. 11. §. 1. l. 12. §. ult. & l. 22. D. de negot. gest.* Quod idem etiam in Mandatario obtinet. *l. 4. C. Mand.* Ergo si quis non gerat utiliter, puta, si aggrediatur rem non necessariam & quæ patremfam. oneratura sit, non poterit sumptus repetere. *d. l. 10.* Item non repetet sumptus nulla re urgente, sed voluptatis tantum causa factos. *l. 27. D. de negot. gest.* Sic si quis plus quàm oportet impenderit, id tantùm recuperabit, quod impendi debuit. *l. 25. si quis. D. d. t.* Sic nihil repetit, qui donandi animo sumptus pro altero fecit, v.g. Pietatis affectione ac respectu vel amicitia ductus, aut officij & obsequij ratione. *d. l. 10. in pr. l. 27. §. 1. l. 34. & l. 44. D. de neg. gest. l. 50. quæ pater. D. fam. ercisc. l. 1. 5. 11. & 15. C. eod.* Ad hanc ergo præsumptionem donationis excludendam, & ut sumptus repeti possint, testatione opus est.

Quomodo etiam, ut actio funeraria competat, testari quemque oportet, se animo repetendi sumptus funerare, alioqui enim pietatis gratia sumptus impendisse videbitur. *l. 14. & si quis. §. sed interdum. D. de relig. & sumpt. funerum.* Sic non datur repetitio ejus, quod quis post prohibitionem à Domino factam impenderit. *l. ult. C. de negot. gest.* Sicuti & mandati actio denegatur ei, qui pro vetante vel animo donandi fidejubet. De quo dixi *supr. ad §. ult. tit. de fideiuss.*

Postremò si quis alterius negotia non contemplatione domini, sed sui lucri causa gessit, non ad id, quod ipsi abest, sive quod pro altero impendit, sed tantum ad id, quo dominus locupletior factus est, actionem contra eum habet. *l. 6. §. sed et si quis. D. de neg. gest.*

Ad §. 2. Tutores quoque.

De Tutela, quatenus est jus in personam, dictum est *supr. lib. 1.* Hîc de eadem, quatenus rerum administrationem respicit, estq; quasi contractus, tractatur: qui quidem superiori vicinus est, Quia & hîc & illic negotia administrantur aliena. Hoc tamen interest, quod negotiorum gestor ultrò & sua sponte, tutor ex necessitate officij administrationem suscipit. *l. 20. in pr. C. de negot. gest.* Est enim tutela munus publicum, ad quod cogi potest tutor, *init. tit. supr. de Excusat. tut. l. 9. D. de muner. & honor. l. 1. in pr. D. de administr. tut.* Unde tutor etjamsi tutelam non gesserit: tamen perinde tenetur actione tutelæ, utili scilicet, ac si gessisset, suo namque periculo cessavit. *l. 4. §. 1. D. Rem pup. salv. fore.* Quod secus est in negotiorum gestore. Hinc ratio simul intelligitur, quare tutela non sit verus contractus, quia scilicet inter tutorem & pupillum nullum contrahitur negotium, id est, Quia deest consensus; cum & tutor ex necessitate officij administret, & pupillus nullo certo animi sui proposito in tutorem incidat & ignoret omnia. *l. ult. D. Rem. pup. salv. fore.*

Imò cum pupillus tutori obligari non possit. *l. 5. D. de aut. tut.* Cum tamen hic nullum versatur maleficium vel quasi: restat scilicet, ut dicamus esse quasi contractum: Quomodo & deinceps Imperator argumentatur & colligit

ex

ex enumeratione partium. Etsi autem plures hinc nascuntur actiones, tamen duæ tantum & quidem præcipuæ hîc commemorantur, Actio tutelæ directa & actio tutelæ contraria, quarum illa datur pupillo contra tutorem finita tutela, *ut sup. d. ad §. ult. tit. de Attil. tut.* Hæc datur Tutori finito officio contra pupillum.

Veniunt autem in actionem tutelæ directam omnia illa, ad quæ tutor tenetur, quæ sanè sunt multa, & peti possunt *ex tit. D. & C. de admin. tut.* Eorumque nomine pupillus non tantum personâ tutoris obligatâ habet ac convenire potest, sed et in bonis ipsius jus tacitæ hypothecæ. *l. 20. de adm. tut. l. unica. §. 1. C. de rei ux. act. l. ult. C. de legit. tut. l. ult. §. & siquidem. C. de curat. furios.* Quæ bona etiam alienata cum suo onere & causa transeunt. *l. un. C. Rem alien. ger. & c.* In actionem tutelæ contrariam veniunt sumptus & impendia in rem pupilli bona fide facta, aut si quid pro eo tutor de suo solvit, *ut hic. & l. 1 §. 1. & §. præterea. l. 3. §. pen. & l. hæredem. D. de contr. tut. & ut. act. l. 3. C. de contrario judicio tut. l. 1. §. si pupillis in fi. D. de tut. & rat. distr. l. 4. C. de in litem dando tutore.* Dixi bona fide facta, Idque etiamsi eventum habuerit adversum id quod gestum est. *l. 3. §. 7. sufficit. D. de contr. tut. act.* Nam si mala fide quid gesserit tutor, & in id aliquid impenderit, à pupillo repetere non potest. *l. 6. C. de admin. tut.*

II. Ad usuras sumptuum, quoad reddantur, non enim sterilis esse debet tutoribus pecunia. *d. l. 3. §. 1. & seqq. D. de contr. tut. act.*

III. Ad id, ut pupillus ipsum liberet, si pro eo vel se vel rem suam creditoribus obligaverit, & ut hanc obligationem in se suscipiat, *ut hic. & l. ult. D. d. t. arg. l. 45. si mandatu. in pr. D. Mand.* Et ad summam, quæcunque tutori propter administrationem absunt, & quæcunque pro utilitate pupilli gessit, hac actione consequetur. *l. 1. §. 6. quid tamen & d. l. 3. §. 1. D. de contrar. tut. & ut. jud.* Sed exponamus breviter Tutor ad quid teneatur: ut intelligamus quid in directam actionem tutelæ veniat. 1. Repertorium initio administrationis conficere. *l. 7. tutor qui repertorium. D. de admin. tut. l. ult. §. 1. illo C. arbit. tut.* 2. Pupillum non relinquere indefensum. *l. ult. in pr. C. de admin. tut. l. 30. tutoris. D. eod. & in definitione tut. §. 1. sup. de tut.* 3. Tàm de omissis quàm de commissis tenetur; Nam nec utilia prætermittere debet, nec inutilia admittere. Quicquid igitur pupillus dolo vel lata ac levi culpa tutoris vel amiserit, vel non acquisierit, eo nomine tenetur tutor indemnem præstare pupillum. *l. 2. & l. 7. quicquid. C. arb. tut. l. 1. in pr. D. de tut. & rat. distr. l. 27. de creationib. C. de Episc. aud. l. 7. §. si tutor. l. 17. qui jussus. D. de admin. tut.* 4. Tenetur ad usuras pecuniæ pupillaris, quam non collocavit in comparationem prædiorum, vel fœnori non dedit, sed in suos usus convertit. *l. 7. si post depositionem & seqq. l. 58. qui negotiationem. §. 1. D. adm. tut. tot. tit. C. de usur. pupill.* 5. Rationes actus sui conficere & reddere cogitur pupillo unà cum reliquis. *l. 9. C. arb. tut. l. 2. in pr. C. de in lit. jur. l. 1. §. officio. D. de tut. & rat. distr.* Et adeò quidem rationes reddere tutores coguntur, etiamsi testator qui eos dedit, voluerit esse anecloghistos. *l. 5. §. Iulianus. 7. D. de admin. tut.* (N. Diff. Tutelæ directa & contraria sunt bonæ fidei. *l. 1. §. 1. D. de tut. & rat. distr. §. actionum inf. de action. de rationib. distrahendis actio est arbitraria.*) Horum omnium nomine pupillus non tantum personam tutoris obligatam habet, sed etiam in bonis ipsius

tacitam habet hypothecam. *l. 20. pro officio. C. de adm. tut. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. l. ult. C de legit. tut. l. ult. §. 5. & si quidem. vers. & inventario. C. de curat. furios.* Quæ etiam alienata cum suo onere & causa transeunt. *l. un. C. rem alienam gerenti non interdici rerum suarum alienationem.* Non solum autem verus tutor ita ut dictum est obligatur, verùm etiam is qui pro tutore, id est, qui putans se verum tutorem, cum non esset, administravit: item falsus tutor, id est, qui cum sciat se non esse tutorem, fingit tamen se tutorem, De quo vide *tit. D. & C. de eo qui pro tutore negotia gessit. & tit. D. quod fals. tutore autore. &c. & ibi Cujac. & Wesemb. in parat. & Cujac. ad sent. Pauli lib. 1. tit. 4. §. ult.*

Si tutor post finitam tutelam in administratione duret, tenetur actione negot. gest. *l. 13. 14. D. de tut. & rat. distr. Paul. lib. 1. tit. 4.* Quid de curatore? Respond. Is utili actione negotiorum gestorum tenetur. *l. 17. Curatoris. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. tut.*

Ad §. 3. Item si inter & §. seq.

Tertius quasi contractus est communio rerum extra societatem, id est, in quam aliqui sine tractatu sive absq; affectione & voluntate inciderunt, sive quos ad societatem non consensus, sed res conjunxit, ut eleganter Paulus *in l. 25. §. non tantum. D. Fam. ercisc.* V. g. si pluribus eadem res sit legata vel donata vel empta, si plures sint cohæredes, *ut hic. & l. 31. cum l. seq. D. pro socio. l. 2. D. com. divid.* Et breviter, vel ex titulo singulari res inter aliquos est communis, vel ex universali. Illo casu est actio communi dividundo; hoc actio familiæ erciscundæ. Familiam erciscere nihil aliud est quàm hæreditatem dividere. Sed de actione communi dividundo admonendum eam non tantum cum ex hoc q. contractu, sed etiam cum ex vero contractu, societate scilicet, res communis est, competere, *d. l. 2.*

Quæritur, An & cohæredibus detur communi dividundo actio? Ita, si res quædam post actionem familiæ erciscundæ sint relictæ indivisæ. *l. 20. si filia. §. 4. D. famil. ercisc.* vel etiam ante judicium fam. ercisc. ut id fit in integro. *l. 44. inter. D. fam. ercisc. juncta l. 4. §. 2. D. com. divid.* Hæc duo judicia, (ut & tertium finium regundorum) dicuntur duplicia, tùm ideo, quia uterque & actor est & reus. Par enim omnium causa est: *l. 2. §. ult. D. communi divid. l. 2. §. in familiæ. l. 44. inter §. 4. qui familiæ. D. familiæ ercisc.* tum quia ex duobus constant: ex rebus, sive rerum communium divisione, & ex præstationibus personalibus. *l. 22. item Labeo. §. pen. D. fam. ercisc. l. 4. §. 3. sicut a. D. commu. divid.* sive quia tàm in rem sunt quàm in personam. *§. quædam. inf. de action.* Divisio rerum fit per adjudicationem ab arbitro partium. *d. §. quædam. & §. si familiæ. & §. eadem. inf. de offic. judic.* Præstationes personales sunt, quibus tenetur is qui rem vel hæreditatem cum altero communem habet de eo, quod solus ipse fructus inde perceperit, de impensis necessariis, de re communi vel hæreditaria consumpta vel corrupta, de dolo, lata & levi culpa, *ut hic. & inf. de off. jud. & passim D. & C. dd. tt.* (Cur hic Imp. omisit actionem finium regundorum? Quia non est in personam ex obligatione, nisi ex maleficio.)

Ad §. 5. Heres quoque.

V. Quasi contractus est aditio hæreditatis, vel immixtio, ex qua hæres Legatariis & Fideicommissariis obligatur ad solvenda legata, & fideicommissa. Videtur enim cum illis contrahere. *l.3 §.ult. cum l. seq D. Quib. ex caus. in poss. eatur.* Rectè ait JCtus, videtur contrahere. Non enim est hic verus contractus. Etlienim à parte hæredis adeuntis vel se immiscentis est voluntas, cum potuerit non adire vel se abstinere. *l.16.C.de jur.deliber.l.ult.§.1.C.d t.* Non tamen est voluntas & consensus à parte legatarij vel fideicommissarij. Hi enim nullum negotiũ neque cum hærede neq; cum defuncto propriè gesserunt, *ut hic.* Ad verum autem contractum utriusq; partis consensus requiritur. Ipse quoq; hæres licet libera voluntate adeat non tamen hoc animo & proposito adit, ut cum legatariis contrahat aliquod negotium, iisve obligetur, sed potius ut sibi hæreditatem acquirat. Ex quibus omnibus apparet, verum hic contractum non esse. Sed hîc duo notanda sunt, 1. Id, quod sup. d. de aditione hæreditatis cum beneficio inventarij, quod efficit ne ultra vires hæreditatis hæres teneatur. *§. extraneis. vers. sed nostra. sup. de hæred.qual.& diff. ex l.ult.C.de jure delib.* Item quod de lege Falcidia dictum, Per eam minui legata ultra dodrantem relicta. *tot.tit. sup. de l. Falcid.* II. Notandum, si plures sint cohæredes ipso jure inter eos dividi æs alienũ & obligationes hæreditarias ex l. 12. tab. Cujus legis sæpè fit mentio, ut *l. 26. C. de pact.l.1.C.si cert.pet.l.10.C.de jure deliber. l. 25. §. Idem juris. D. fam. ercisc.l.6.C. eod.l.2.& ult.C.de act.hæred.l.1.C.de except.l.1.& 2. C. si unus ex pluribus. & alibi.* De actionibus quoque tribus, quæ legatario contra hæredem dantur ad consequendum legatum supra diximus *ad §. sed olim quidem.tit.de legat.ex l.1.C.comm. de legat.*

AD TIT. XXVIII. PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

Quæ ad hujus tit. explicationem faciunt, repetantur ex iis, quæ dixi sup. ad tit. Per quas pers. cuiq; acquiritur, & ad tit. De stipulat. serv. Nihil enim novi hîc traditur, quod ex superioribus intelligi non possit. Hoc tamen notetur, obligationem activam, (ut loquuntur) per liberos nostros & servos nobis acquiri; passivam non item, id est, neque patrem per filiumfam. neque dominum per servum obligari posse: Quia melior conditio nostra per illos fieri potest; deterior non item. Peculio tenus tamen pater & dominus tenentur: *de quo inf. ad tit. de act.* Deinde ad id quod hîc de servo communi dicitur, *& sup. quoque fuit. §. servus communis. de stipul. serv.* ad id inquam notanda est exceptio in obligatione injuriarum. Nam si servo plurium dominorum facta sit injuria, singulis obligatio & actio acquiritur non pro parte dominica, sed pro cujusque dignitate & persona. *l.15. item apud. §.ult. D. de injur. §. si communis. eod.*

hic notandum est, Etsi merces in mandato intervenire non potest, tamen remunerationis gratia salarium sive honorarium sive honorem intervenire posse. *l. si remunerãdi gratia in pr. D. h. t.* Ut etiam in deposito. *l. 2. § 24. si in re. D. vi bon. rapt.* Et tum mandatarius vocatur solariarius *l. 10. §. idem Labeo. D. h. t. fac. l. 1. D. si mens. falsi mod. dix.* Sed id non actione mandati, verum extra ordinem peti potest, modò certum aliquid sit promissum. *l. 7. & l. 56. qui mutuam. §. 3. salarium.* D. *h. t. l. 1. & 17. C. eod.* Certum inquam debet esse salarium. Nam procurator incertum litis contra bonos mores redimit, quod vulgo vocant Dd. pactum de quota litis *l. 6. § ult. cum l. seq.* D. *h. t. l. 53. D. de pact. l. 15. D. de procurat. l. 20. l pen. & ult.* C. *h. t. l. 1. §. 12. si cui cautum. D. de extraord. cognit.* Quintilianus *lib. 12. c. 7.* hanc cautioné causidicorum vocat piraticam. *Ved And. Geil. lib. 1. obs. cap. 44.*

Denique dixi, honestum negotium. Nam rei turpis mandatum nullum est, sive mandatum, quod est contra bonos mores, nón est obligatorium. §. *illud quoque infr. h. t. l. 6 §. 3. rei turpis. l 12. §. 11. si adolescens. l. 22. § qui adem.* D. *h. t.* Inter ipsos inquam non est obligatorium, sed tertio alicui, cui alterius mandatu nocitum est, non modò is qui nocuit, sed etiam is qui mandavit tenetur. *l. 11. non solum §. si mandatu.* D. *de injur.* Sic & societas rei flagitiosæ nullas vires habet: ut dixi *supr. ad tit. de societ.*

Ad init. tit. & §§. 6. seqq. Item §. penult. Mandatu.

Initio hujus tit. Imp. *ex l. 2.* D. *eod.* dividit Mandatum ratione finis sive utilitatis ejus, cujus negotium geritur, Et ait, Quinque modis id contrahi utiliter. Sextum vero modum esse inutilem, Nimirum, si mihi mei tantum causa aliquis mandet: Quæ in textu satis clara sunt, & de postremo casu dixi supr. Est & alia divisio *in §. penult. h. t.* sed communis cum aliis contractibus, nimirum, quod mandatum non solum purè, sed etiam in diem & sub conditione contrahi possit. *l. 1. §. 3.* D. *h. t.* Item dividi potest Mandatum in generale, quo omnium negotiorum administratio alicui mandatur, & speciale, id est, certi negotij. *l. 12.* D. *de solut. l. 11. §. ult. & l. seq.* D. *de pig. act. l. 1. & l. 63.* D. *de procur.* Faciunt etiam vulgo alium procuratorem cum libera, alium sine libera administratione. Sed hanc divisionem in jure inauditam esse ait Giphan. *Disput. de vitios. divisionib. juris thesi 115.*

Ad §. 7. Illud quoq.

De hoc §. diximus supra in definitione Mandati ad finem.

Ad §. Is qui exequitur.

Pertinet hic § ad officium mandatarij, quid scil. in negocijs alterius quæ gerenda suscepit præstare debeat. Inprimis igitur mandatum susceptum consummare & explere debet, non autem deserere promissum officium §. 11. *mandatum inf. h. t. l. 27. qui mandatum.* D. *h. t. l. 17. §. sicut.* D. *comm.* Huc Plautinum illud pertinet: Mandatis rebus prævorti decet, i. e. mandatum diligenter & ante omnia exequendum. Deinde id ipsum quod mandatum est, facere debet diligenter, atque ut Homerus ait μεμνῆσθ' ἐφετμέων. id est, custodiendi sunt fines mandati, *ut hic & l. 5.* D. *eod.* D Chrysostomus *homil. 68. in Ioan. cap. 12.* egregiè ad hanc rem:

Qui

Qui mandatum accipiunt (inquit) neq; facere neq; dicere volunt præter voluntatem mittentis, quousq; mandatum impleant, ne quid transgrediantur. Qui præscriptos sibi fines excesserit, aliud quid facere videtur, de quo vid. *Gell. lib. 1.c.13. & Cujac. lib.12. obs.c.34.* Quid ergò, si quis alteri rem certo pretio emere, aut pro eo in summã certam spondere jussus, v.g. In 100. excedat illam summam? An actioné habebit contra eum, qui mandavit? Hic inter se dissentiebant Sabiniani & Proculiani, de qua dissensione & de tota hac quæstione *vide & Cujac. lib. 12. obs. c. 34.* Illi enim putabant, nullam omninò actionem eum habere, ne quidé in illam summam, quæ mandato comprehensa est. In qua sententia etiam Cajus fuisse videtur *in l. 41. potest & ab una. D. h.t.* Negat enim Mandati judicium competere mandatario ei, qui egressus fuerit mandatum. Ratio eorum erat in stricto jure posita, quia qui excessisset fines mandati, aliud quid fecisse videretur. *d. l. 5. in pr.* Proculus vero existimabat, usque ad pretium statutum mandatarium rectè agere. Ejusque sententia tanquam benignior meritò prævaluit. *l. 4. D. h.t.* Nam qui mandavit mihi, ut fundum sibi emerem 100. aureis, vel ut in tantam summã pro se sponderem, quem ego emi 130. aur. vel in eum summam fidejussi, hoc saltem voluisse videtur, ut 100. aureos sua causa in emptionem collocarem, & ut in 100. fidejuberem. De eo igitur meritò tenetur, ut maximè non teneatur de superfluo. Non enim convenit b. fidei de apicib. juris disputare. *l. 29. si fidejussor. §.4. D.h.t.* Sic & de donatione quæ excedit 500. aureos, nec insinuata est, quæri solet, An in totum illa sit inutilis, an valeat saltem ad 500. quod verius est. *l. 34. C. de donat.* Et similis locus fuit *supr. §. præterea inutilis de inut. stipul.* De eo verò inter omnes constat, si quis minoris emerit, quàm ipsi mandatum erat, vel si in minorem summam spoponderit, eum habere mandati actionem. Cum enim in majore summa contineatur minor, qui mandat 100. aureis emi, is utique etiam mandasse intelligitur, ut minoris puta 80. emeretur, si possit, ut hic in fine §. cum hoc sit notum emtoris quam minimo emere. *l. 8. si voluntate C. de rescind. vend.* Quæri hic potest: quam culpam Mandatarius præstare debeat. De dolo non est dubium, quin is hic præstetur. Est enim hoc judicium bonæ fidei. De lata quoque culpa res certa est eam præstandam esse, cum sit dolo proxima, & prope fraudem accedat, imò sit dolus & fraus in contractib. sed de levi & levissima culpa incidit controversia. Et cum hic contractus mandantis utilitatem potissimum respiciat ex generali Regula *in l. 23. D. de R. I. & l. 5. §.1. D. commod.* dicendum videatur, neutram culpam esse præstandam, sed dolum tantum & latam culpam: Ait tamen *l.14. C h.t.* omnem culpam à mandatario præstandam esse. E. & levissimam. Huc accedit, quod aliena negocia exacto officio gerenda esse ait *l. 21. C h.t.* Idque etiam eo confirmari videtur, quod negotiorum gestor, qui mandatario similis est, tenetur ad exactissimã diligentiam, proindeq; culpã præstat. *§.1. inf.t.1.* Sed verius puto, mandatorem nõ præstare leviss. culpã, sed levem tantum. Nam ut taceam, quod hoc in negotiorum gestore non sit perpetuum, de quo *inf. tit. seq.* Non videtur etiam valere argumentatio à negotiorum gestore ad mandatarium. Ab illo .n. plura requiruntur quã ab hoc, cum negotiorũ gestori, qui ad aliena negotia sine mandato domini accessit, objici possit, quod ea non relique-

redem relinquat is qui actionem cessit. Is enim debet præstare factum defuncti. *l. ex qua persona de R. I.* ejusque nomine exercebitur actio directa, cum sit q. eadem persona cum defuncto: Si heredem non relinquat, directa non datur: non enim est cujus nomine exerceri possit, utilis tamen datur. *l.1. & ibi Giphan. C. de ob. & act. Cujac. lib.2. obs. C. 31.*

Ad §. 11. Mandatum non.

Sicut à parte mandatoris per revocationem, ita etiam Renuntiatione sive pœnitentia mandatarij mandatum solvitur. Sed hìc animadvertendum est, ut renuntiatio valeat, & mandatarium ab obligatione liberet, eam tempestivè & re adhuc integra fieri debere, cum scilicet mandator vel per se vel per alium exequi possit negotium, *ut hìc & l. 22. §. ult. & l. 27. si quis. §. 2. qui mandatum. D. h. t.* Intempestiva renuntiatio non prodest mandatario, nisi justa causa impeditus fuerit; quales enumerantur aliquot *in l. 23. & 2. ll. seqq. D. h. t. Et apud Paul. lib. 2. sent. tit. 15. in pr.* Aliàs regulariter qui mandatum suscepit, si potest id explere, non debet deserere promissum officium ut supr. in definitione Mandati dixi.

De Actionibus breviter admonendum, ex hoc contractu oriri duas actiones, scilicet Mandati directam & Mandati contrariam. Unde sic conceptus est *tit. in D. & C. Mandati vel contra.* Quarum illa datur ei, qui mandavit, ejusve heredibus contra mandatarium, ejusve heredes. 1. Ad implendum mandatum. *l. 6. §. 1. D. h. t.* 2. Si non impleatur, ad id quod interest mandantis, impletum fuisse mandatum. *l. 8. §. 6. mandati. D. h. l. 16. C. h. t.* 3. Ad reddendum id, quod penes ipsum est ex mandato, imò etiam ad usuras præstandos ex mora. *l. 10. §. si procurator. & l. 20. D. h. t.*

Mandati contraria datur mandatario, ejusve heredibus contra mandantem & ejus heredem. 1. Ut agnoscat & ratum habeat id, quod suo nomine gestum est. *l. 12. §. Contrario. & §. si mihi mandaveris. D. h. t. Paulus d. lib. 2. sent.* 2. Ut sumptus & impendia mandati exequendi gratia facta, eorumque usuras præstet: etiamsi ipse dominus minus forte impensarum fecisset, si ipse negotium gessisset. Item, etiam si Procurator contrariam sententiam reportaverit. *d. l. 12. § si mihi mandaverit. & l. 27. §. pen. D. h. t. l. 4. C. eod.* Ut si fidejussor pro debitore soluerit, habet ejus recuperandi causa actionem mandati, *de quo supr. dict. ad §. si quid autem tit. de fidejussor.* Non tamen omnia Mandatori imputabit. *l. 26. § 6. non omnia. D. h. t.*

Denique ut obligationem Mandatarij in se suscipiat. *l. 45. D. h. t.* Differt autem directa actio à contraria, cùm in alijs tùm in eo, quod directa quidem infamat. *l. 5. §. 6. D. de his qui not. infam. l. 21. C. h. t.* Contraria non item. *d. l. 5. §. ult. & l. 5. D. depos.* Postremò notandum hìc, Interdum ab uno tantum latere actionem mandati dari. Exemplum est *in fine tit. nostri & aliud in l. 41. potest & ab una. D. h. t.*

AD TIT. XXVII. DE OBLIGATIONIBUS, Quæ quasi ex contractu nascuntur.

Dictum est huc usque de contractibus: Sequitur de quasi contractib. Sunt enim negotia quædam, quæ neque ad contractus rectè referuntur, quia in illis non præcessit utrinque consensus & tractatus sive judicium animi, vel conventio, affectio, judicium animi: neque tamen ad maleficia sive delicta pertinet: Ideoque appellantur q. contractus, quamvis generaliter accepto contractus verbo etiam quasi contractus veniunt, sicut Maleficij appellatione etiam q. Maleficia continentur, *ut hîc in pr. & l.1.D.de obl. & act.* Tales hîc enumerantur quinque. 1. Negotiorum gestio. 2. Tutela. 3. Communio rerum. 4. Aditio hæreditatis. 5. Indebiti solutio. Sed quia de hac postrema specie satis diximus *ad §. Is quoq. supr. Quib. mod. re contrah. obl.* De 4. reliquis hîc tantum explicabimus. Descriptus est autem totius hic tit. *ex l.5.D.de obl. & act.* Ac pertinent huc multi *tituli in D. & C. ut 1. de negot. gest. 2. de tut. & rat. distrah.* Item *de contr. tut. & utili act.* Item *communi divid. & fam. ercisc. & tit. C. communia utriusq. judicij tàm fam. ercisc. quàm com. divid.* Videntur & alij esse quasi contractus, nam etiam in judicio q. contrahitur, *l.3.§.11.D.de pecul.* & ex eo nascitur actio judicati. Dixi, in judicio q. contrahi. Nam verè contrahi non potest dici, cum judicium reddatur in invitum. *l.83.inter.§.1. D. de V.O.* Item jusjurandum nam & ex jurejurando datur actio. *§. item si quis postulante.infr. de act.tot. tit* D. *& C. de re jud.*

Ad §. 1. Igitur cum quis.

Negotiorum gestio prima ponitur inter quasi contractus propter similitudinem, quam habet maximam cum mandato. Solet enim Imperator ea, quæ de eodem penè loquuntur, simul tractare ac in confinio ponere. *l. 2. §. Quartus autem locus.C.de vet.ju enucl.* Unde pleraq; omnia, quæ tit. præced. dicta sunt de obligatione ex mandato, eadẽ etiam de negotiorum gestione intelligenda sunt. In eo potissima est differentia quod illic mandatum præcedit administrationem: hîc sine mandato ultrò & sua sponte aliquis se negotijs alienis offert. Ideoq; ibi dominus negotiorum non nisi sciens & consentiens obligatur; hîc etiam ignorans, *ut hîc.* Unde & impubes seu minor, ac furiosus, quatenus locupletiores facti sunt, tàm ex hoc q. contractu quàm ex alijs obligantur, qui ex vero contractu obligari ita non solent. *l. 2. C. de neg. gest. l.6.in pr. & l. Nesenius.34. D. eod. l.33.in fi.D.pro socio.l.29.Si quis cum existimaverit. D.comm.divid.l.3. apud Iulianum in fi.D.Quib.ex causis in possess. eatur. & l.46 D.de obl. & act.*

Item in eo differunt, Quod mandatarius suscepto mandato etiamsi nihil gesserit tenetur; negotiorum gestor nisi gesserit non tenetur. *l.6.§.1.* D. *Mand.* Ex hoc autem q.contractu nascuntur duæ actiones, ultro citroque quarum una datur domino negotiorum adversus gestorem, vocaturque actio negotiorum gestorum

gestorum directa. Altera datur ei, qui negotium gessit contra dominum gestæ rei, & dicitur actio negotiorum gestorum contraria, *ut hic* : Quæ actiones ad quid dentur, sive ad quid alter alteri hic obligetur, breviter videamus, ubi prius illud admonuerimus, has actiones dari, etiamsi unum tantum negotium sit gestum. *l.3.§.negotia.* D. *de negot.gest.* Sicut etiam una res bonorum appellatione venit. *l.2.§.11.vel cujus bona.* D. *vi bon. rapt.*

Primum igitur negotiorum gestor tenetur rationes reddere suæ administrationis domino & restituere omne id quod ex negotijs alterius retinet, ejusq; etiam usuras. *l. 24.C.de usur.l.20.C.de negot.gest. l. 6. §. ult.l.19. §. pen.l. 38. D.eod.* Et eo nomine condemnatur quicquid nō ut oportuit gessit, *ut hic in vers. sicut autem & l.2.D.de negot.gest.* Præterea tenetur de eo, quod negotia absentis semel inchoata deseruerit. Id enim non faciet impune. Nam alius fortassè suscepisset, si ipse non cœpisset. *l.17. in commodato. §. sicut autem.* D. *commod.* De alijs verò ejusdem negotijs intelligendum est, quod ait. *l.20. C. de negot.gest.* propriā gestoris voluntatem administrationis finem facere. Satis enim abundeque sufficit, si cui vel in paucis negotijs amici labore consulatur. *d.l.20. C. de negot.gest. l.39.§.2.D.de adminis.* Nisi alius contemplatione ejus negotij quod est gestum, ad ea quæ non gessit, non accessisset, etsi vir diligens etiam ea gesturus fuisset. *l.6.§.ult.D.de negot.gest.* Quæritur autem hic de culpa, quam præstet negotiorum gestor. Et regulariter quidem tenetur, non tantum de dolo & lata culpa, sed etiam de levi *d. 20.C.de negot gest.l.11.D.eod. unde Paul. lib 1 Sent.tit.4. ait*, & bonam fidem & exactam diligentiam reb. ejus, pro quo intervenit, præstare debere, sive omnem diligentiam præstare debere. *l. 24. C. de usur.* Interdum verò etiam levissimam culpam & exactissimam diligentiam præstat, uno scilicet casu, si alius diligentior commodius administraturus fuisset negotia, quem ille impedivit, ut hic. Vide *Cujac. ad Paul.lib.1.tit.4. in pr.* Imò & casum nonnunquā præstat, si novum negotium gesserit, quod dominus non solebat facere. *d.l.11.D. eod.* Aliàs autem non interveniente speciali pacto casum fortuitum non præstat. *l.22.C.de negor. gest.* Et contra dolus tantum in hac negotiorum gestorum actione præstatur, ut si quis affectione ductus alterius negotijs se obtulerit, ut ne bona ejus distrahantur. *l.3.§.interdum.D.de negot.gest.*

Sic igitur negotiorum gestor domino obligatur & ad hæc datur actio negotiorum gestorum directa. Dominus vero cujus gesta sunt negotia, vicissim obligatur gestori. 1. ad reddendum id , quod utiliter in rem ipsius impendit & erogavit, sive quicquid eo nomine vel abest ei, vel absuturum est, id est, ut præstet eum indemnem *l.2.l.31.l.45.D. de neg.gest.* Unde etiam actio sumptuum dicitur hæc actio negotiorum gestorum contraria. *l.10.in pr.D.de negot.gest.* 2. Etjam ad usuras sumptuum obligatur. *l.18 C.de n g. gest. l. 19. §. non tantum. D. eod.* 3 Tenetur dominus ad liberandum gestorem ea obligatione , quam is forte suscepit negotiorum ipsius nomine. *d. l. 2. D. de neg.gest.* Ratio, cur dominus gestori etiam ignorans obligetur est utilitas domini , quæ exponitur hic ab Imp, & à Cajo *in l. 5. D. de obl. & act. & ab Vlpiano in l. 1. D. de negot. gest.*

Est & illa ratio quia officium suum nemini debet esse fraudi. *l. 7. sed si quis ex signatorib. D. testam. quemadm. aper.* Adeò autem obligatur dominus negotiorum gestori, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus felix fuerit, vel feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cœperit. *l. 11. §. 1. l. 12. §. ult. & l. 22. D. de negot. gest.* Quod idem etiam in Mandatario obtinet. *l. 4. C. Mand.* Ergo si quis non gerat utiliter, puta, si aggrediatur rem non necessariam & quæ patremfam. oneratura sit, non poterit sumptus repetere. *d. l. 10.* Item non repetet sumptus nulla re urgente, sed voluptatis tantum causa factos. *l. 27. D. de negot. gest.* Sic si quis plus quàm oportet impéderit, id tantùm recuperabit, quod impendi debuit. *l. 25. si quis. D. d. t.* Sic nihil repetit, qui donandi animo sumptus pro altero fecit, v. g. Pietatis affectione ac respectu vel amicitia ductus, aut officij & obsequij ratione. *d. l. 10. in pr. l. 27. §. 1. l. 34. & l. 44. D. de neg. gest. l. 50. quæ pater. D. fam. ercisc. l. 1. 5. 11. & 15. C. eod.* Ad hanc ergo præsumptionem donationis excludendam, & ut sumptus repeti possint, testatione opus est.

Quomodo etiam, ut actio funeraria competat, testari quemque oportet, se animo repetendi sumptus funerare, alioqui enim pietatis gratia sumptus impendisse videbitur. *l. 14. & si quis. §. sed interdum. D. de relig. & sumpt. funerum.* Sic non datur repetitio ejus, quod quis post prohibitionem à Domino factam impenderit. *l. ult. C. de negot. gest.* Sicuti & mandati actio denegatur ei, qui pro vetante vel animo donandi fidejubet. De quo dixi *supr. ad §. ult. tit. de fidejuss.*

Postremò si quis alterius negotia non contemplatione domini, sed sui lucri causa gessit, non ad id, quod ipsi abest, sive quod pro altero impendit, sed tantùm ad id, quo dominus locupletior factus est, actionem contra eum habet. *l. 6. §. sed et si quis. D. de neg. gest.*

Ad §. 2. Tutores quoque.

De Tutela, quatenus est jus in personam, dictum est *supr. lib. 1.* Hîc de eadem, quatenus rerum administrationem respicit, estq; quasi contractus, tractatur: qui quidem superiori vicinus est, Quia & hîc & illic negotia administrantur aliena. Hoc tamen interest, quod negotiorum gestor ultrò & sua sponte, tutor ex necessitate officij administrationem suscipit. *l. 20. in pr. C. de negot. gest.* Est enim tutela munus publicum, ad quod cogi potest tutor, *init. tit. supr. de Excusat. tut. l. 9. D. de muner. & honor. l. 1. in pr. D. de administr. tut.* Unde tutor etiamsi tutelam non gesserit: tamen perinde tenetur actione tutelæ, utili scilicet, ac si gessisset, suo namque periculo cessavit. *l. 4. §. 1. D. Rem pup. salv. fore.* Quod secus est in negotiorum gestore. Hinc ratio simul intelligitur, quare tutela non sit verus contractus, quia scilicet inter tutorem & pupillum nullum contrahitur negotium, id est, Quia deest consensus; cum & tutor ex necessitate officij administret, & pupillus nullo certo animi sui proposito in tutorem incidat & ignoret omnia. *l. ult. D. Rem. pup. salv. fore.*

Imò cum pupillus tutori obligari non possit. *l. 5. D. de aut. tut.* Cum tamen hic nullum versatur maleficium vel quasi: restat scilicet, ut dicamus esse quasi contractum: Quomodo & deinceps Imperator argumentatur & colligit ex

ex enumeratione partium. Etsi autem plures hinc nascuntur actiones, tamen duæ tantum & quidem præcipuæ hic commemorantur, Actio tutelæ directa & actio tutelæ contraria, quarum illa datur pupillo contra tutorem finita tutela, *ut sup. d. ad §. ult. tit. de Attil. tut.* Hæc datur Tutori finito officio contra pupillum.

Veniunt autem in actionem tutelæ directam omnia illa, ad quæ tutor tenetur, quæ sanè sunt multa, & peti possunt *ex tit. D. & C. de admin. tut.* Eorumque nomine pupillus non tantum personã tutoris obligatã habet ac convenire potest, sed ét in bonis ipsius jus tacitæ hypothecæ. *l. 20. de adm. tut. l. unica. §. 1. C. de rei ux. act. l. ult. C. de legit. tut. l. ult. §. & siquidem. C. de curat. furios.* Quæ bona etiam alienata cum suo onere & causa transeunt. *l. un. C. Rem alien. ger. & c.* In actionem tutelæ contrariam veniunt sumptus & impendia in rem pupilli bona fide facta, aut si quid pro eo tutor de suo solvit, *ut hic. & l. 1 §. 1. & §. præterea. l. 3. §. pen. & l. hæredem. D. de contr. tut. & ut. act. l. 3. C. de contrario judicio tut. l. 1. §. si pupillis in fi. D. de tut. & rat. distr. l. 4. C. de in litem dando tutore.* Dixi bona fide facta, Idque etiamsi eventum habuerit adversum id quod gestum est. *l. 3. §. 7. sufficit. D. de contr. tut. act.* Nam si mala fide quid gesserit tutor, & in id aliquid impenderit, à pupillo repetere non potest. *l. 6. C. de admin. tut.*

II. Ad usuras sumptuum, quoad reddantur, non enim sterilis esse debet tutoribus pecunia. *d. l. 3. §. 1. & seqq. D. de contr. tut. act.*

III. Ad id, ut pupillus ipsum liberet, si pro eo vel se vel rem suam creditoribus obligaverit, & ut hanc obligationem in se suscipiat, *ut hic. & l. ult. D. d. t. arg. l. 45. si mandatu. in pr. D. Mand.* Et ad summam, quæcunque tutori propter administrationem absunt, & quæcunque pro utilitate pupilli gessit, hac actione consequetur. *l. 1. §. 6. quid tamen & d. l. 3. §. 1. D. de contrar. tut. & ut. jud.* Sed exponamus breviter Tutor ad quid teneatur: ut intelligamus quid in directam actionem tutelæ veniat. 1. Repertorium initio administrationis conficere. *l. 7. tutor qui repertorium. D. de admin. tut. l. ult. §. 1. illo C. arbit. tut.* 2. Pupillum non relinquere indefensum. *l. ult. in pr. C. de admin. tut. l. 30. tutoris. D. eod. & in definitione tut. §. 1. sup de tut.* 3. Tàm de omissis quàm de commissis tenetur; Nam nec utilia prætermittere debet, nec inutilia admittere. Quicquid igitur pupillus dolo vel lata ac levi culpa tutoris vel amiserit, vel non acquisierit, eo nomine tenetur tutor indemnem præstare pupillum. *l. 2. & l. 7. quicquid. C. arb. tut. l. 1. in pr. D. de tut. & rat. distr. l. 27. de creationib. C. de Episc. aud. l. 7. §. si tutor. l. 17. qui jussus. D. de admin. tut.* 4. Tenetur ad usuras pecuniæ pupillaris, quam non collocavit in comparationem prædiorum, vel fœnori non dedit, sed in suos usus convertit. *l. 7. si post depositionem & seqq. l. 58. qui negotiationem. §. 1. D. de adm. tut. tot. tit. C. de usur. pupillar.* 5. Rationes actus sui conficere & reddere cogitur pupillo unà cum reliquis. *l. 9 C. arb. tut. l. 2. in pr. C. de in lit. jur. l. 1. §. officio. D. de tut. & rat. distr.* Et adeò quidem rationes reddere tutores coguntur, etiamsi testator qui eos dedit, voluerit esse anecloglistos. *l. 5. §. Iulianus. 7. D. de admin. tut.* (N. Diff. Tutelæ directa & contraria sunt bonæ fidei. *l. 1. §. 1. D. de tut. & rat. distr. §. actionum inf. de action. de rationib. distrahendis actio est arbitraria.*) Horum omnium nomine pupillus non tantum personam tutoris obligatam habet, sed etiam in bonis ipsius

tacitam habet hypothecam. *l. 20. pro officio. C. de adm. tut. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. l. ult. C de legit. tut. l. ult. §. 5. & si quidem. vers. & inventario. C. de curat. furios.* Quæ etiam alienata cum suo onere & causa transeunt. *l. un. C. rem alienam gerenti non interdici rerum suarum alienationem.* Non solum autem verus tutor ita ut dictum est obligatur, verùm etiam is qui pro tutore, id est, qui putans se verum tutorem, cum non esset, administravit: item falsus tutor, id est, qui cum sciat se non esse tutorem, fingit tamen se tutorem, De quo vide *tit. D. & C. de eo qui pro tutore negotia gessit. & tit. D. quod fals. tutore autore. &c. & ibi Cujac. & Wesemb. in parat. & Cujac. ad sent. Pauli lib. 1. tit. 4. §. ult.*

Si tutor post finitam tutelam in administratione duret, tenetur actione negot. gest. *l. 13. 14. D. de tut. & rat. distr. Paul. lib. 1. tit. 4.* Quid de curatore? Respond. Is utili actione negotiorum gestorum tenetur. *l. 17. Curatoris. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. tut.*

Ad §. 3. Item si inter & §. seq.

Tertius quasi contractus est communio rerum extra societatem, id est, in quam aliqui sine tractatu sive absq; affectione & voluntate inciderunt, sive quos ad societatem non consensus, sed res conjunxit, ut eleganter Paulus *in l. 25. §. non tantum. D. Fam. ercisc.* V. g. si pluribus eadem res sit legata vel donata vel empta, si plures sint cohæredes, *ut hic. & l. 31. cum l. seq. D. pro socio. l. 2. D. com. divid.* Et breviter, vel ex titulo singulari res inter aliquos est communis, vel ex universali. Illo casu est actio communi dividundo; hoc actio familiæ erciscundæ. Familiam erciscere nihil aliud est quàm hæreditatem dividere. Sed de actione communi dividundo admonendum eam non tantum cum ex hoc q. contractu, sed etiam cum ex vero contractu, societate scilicet, res communis est, competere, *d. l. 2.*

Quæritur, An & cohæredibus detur communi dividundo actio? Ita, si res quædam post actionem familiæ erciscundæ sint relictæ indivisæ. *l. 20. si filia. §. 4. D. famil. ercisc.* vel etiam ante judicium fam. ercisc. ut id sit in integro. *l. 44. inter. D. fam. ercisc. juncta l. 4. §. 2. D. com. divid.* Hæc duo judicia, (ut & tertium finium regundorum) dicuntur duplicia, tùm ideo, quia uterque & actor est & reus. Par enim omnium causa est: *l. 2. §. ult. D. communi divid. l. 2. §. in familiæ. l. 44. inter §. 4. qui familiæ. D. familiæ ercisc.* tum quia ex duobus constant: ex rebus, sive rerum communium divisione, & ex præstationibus personalibus. *l. 22. item Labeo. §. pen. D. fam. ercisc. l. 4. §. 3. sicut a. D. commu. divid.* sive quia tàm in rem sunt quàm in personam. *§. quadam. inf. de action.* Divisio rerum fit per adjudicationem ab arbitro partium. *d. §. quadam. & §. si familiæ. & §. eadem. inf de offic. judic.* Præstationes personales sunt, quibus tenetur is qui rem vel hæreditatem cum altero communem habet de eo, quod solus ipse fructus inde perceperit, de impensis necessariis, de re communi vel hæreditaria consumpta vel corrupta, de dolo, lata & levi culpa, *ut hic. & inf. de off. jud. & passim D. & C. dd. tt.* (Cur hîc Imp. omisit actionem finium regundorum? Quia non est in personam ex obligatione, nisi ex maleficio.)

Ad

Ad §. 5. Hæres quoque.

V. Quasi contractus est aditio hæreditatis, vel immixtio, ex qua hæres Legatariis & Fideicommissariis obligatur ad solvenda legata, & fideicommissa. Videtur enim cum illis contrahere. *l. 3 §. ult. cum l. seq D. Quib. ex caus. in poss. eatur.* Rectè ait JCtus, videtur contrahere. Non enim est hic verus contractus. Etsi enim à parte hæredis adeuntis vel se immiscentis est voluntas, cum potuerit non adire vel se abstinere. *l. 16. C. de jur. deliber. l. ult. §. 1. C. d. t.* Non tamen est voluntas & consensus à parte legatarij vel fideicommissarij. Hi enim nullum negotiũ neque cum hærede neq; cum defuncto propriè gesserunt, *ut hic.* Ad verum autem contractum utriusq; partis consensus requiritur. Ipse quoq; hæres licet libera voluntate adeat non tamen hoc animo & proposito adit, ut cum legatariis contrahat aliquod negotium, iisve obligetur, sed potius ut sibi hæreditatem acquirat. Ex quibus omnibus apparet, verum hic contractum non esse. Sed hîc duo notanda sunt, 1. Id, quod sup. d. de aditione hæreditatis cum beneficio inventarij, quod efficit ne ultra vires hæreditatis hæres teneatur. *§. extraneus. vers. sed nostra. sup. de hæred. qual. & diff. ex l. ult. C. de jure delib.* Item quod de lege Falcidia dictum, Per eam minui legata ultra dodrantem relicta. *tot. tit. sup. de l. Falcid.* II. Notandum, si plures sint cohæredes ipso jure inter eos dividi æs alienũ & obligationes hæreditarias ex l. 12. tab. Cujus legis sæpè fit mentio, ut *l. 26. C. de pact. l. 1. C. si cert. pet. l. 10. C. de jure deliber. l. 25. §. Idem juris. D. fam. ercisc. l. 6. C. eod. l. 2. & ult. C. de act. hæred. l. 1. C. de except. l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus. & alibi.* De actionibus quoque tribus, quæ legatario contra hæredem dantur ad consequendum legatum supra diximus *ad §. sed olim quidem. tit. de legat. ex l. 1. C. comm. de legat.*

AD TIT. XXVIII. PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

Quæ ad hujus tit. explicationem faciunt, repetantur ex iis, quæ dixi sup. ad tit. Per quas pers. cuiq; acquiritur, & ad tit. De stipulat. serv. Nihil enim novi hîc traditur, quod ex superioribus intelligi non possit. Hoc tamen notetur, obligationem activam, (ut loquuntur) per liberos nostros & servos nobis acquiri; passivam non item, id est, neque patrem per filiumfam. neque dominum per servum obligari posse: Quia melior conditio nostra per illos fieri potest; deterior non item. Peculiotenus tamen pater & dominus tenentur: *de quo inf. ad tit. de act.* Deinde ad id quod hîc de servo communi dicitur, *& sup. quoque fuit. §. servus communis. de stipul. serv.* ad id inquam notanda est exceptio in obligatione injuriarum. Nam si servo plurium dominorum facta sit injuria, singulis obligatio & actio acquiritur non pro parte dominica, sed pro cujusque dignitate & persona. *l. 15. item apud. §. ult. D. de injur. §. si communis. eod.*

AD

AD TIT. XXIX. QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

AD hunc tit. pertinent aliquot in D. & C. ut 1. De solut. & liberat. 2. De acceptil. 3. De novat. & delegat. Priusquam autem ab obligatioonibsu ex contractu & quasi abeat ad obligationes, quæ ex delicto vel quasi nascuntur, interjecit hîc tractatum de modis tollend. oblig. Qui tamen locus reservandus fuisse videtur eò usque dum omnes constituendarum obligationum causæ essent absolutæ, id est, post tit. 5. lib. 4. Ordinis hujus rationem, quem & Cajus servavit, ut apparet *ex fragm. tit. ult. Instit. ejus*, reddit Wesembec. *hic in fi. Rubricæ*. Tùm quia omnes ferè modi ad naturam contractuum vel quasi proximè accedunt, tùm quia quibusdam modis una obligatio tollitur, & alia simul cõstituitur. Initio autem sciendum non omnes modos hîc afferri & explicari, sed quosdam tantum, qui cæteris sunt insigniores.

Primum enim cum omnis obligatio vel ipso jure vel per exceptionem tollatur, nihil hîc de exceptionibus, de quibus est proprius *tit. inf. de except. lib.* 4. Rursus cum modi, quibus ipso jure obligatio tollitur, partim ex facto & voluntate contingant: partim sine voluntate, ut interitu rei, &c. omittũtur hic omnes posterioris generis modi, & ij tantum explicantur, qui ex voluntate & facto contrahentium, ac ne hi quidem omnes, sed quinque tantum. Ut solutio, acceptilatio simplex, acceptilatio subjecta Aquilianæ stipulationi, Novatio, contrarius consensus vel contraria voluntas. *Vid. Donell. in præfat. ad tit. C de Novat.* De Ratione ordinis inter hos V. modos dixi sup. initio hujus lib. Hi autem V. modi ita inter se differunt, ut 1. alij sint generales, ad quaslibet obligationes tollendas efficaces, alij sint speciales, quibus tantum unius generis obligationes tolluntur. Generales modi sunt ut solutio & quæ eandem vim cum solutione habet, oblatio, obsignatio & depositio rei debitæ, Acceptilatio subjecta Aquilianæ stipulationi, Item novatio, ad quam referenda est etiam delegatio. Speciales sunt modi, ut acceptilatio simplex & contraria voluntas sive dissensus & pœnitentia. Nam per acceptilationem tantum verbis contracta obligatio tollitur; dissensu autem eæ tantum obligationes. quæ nudo consensu contractæ sunt dissolvuntur, non vero aliæ, ut inf. apparebit prout quidque contractum est ita & solvi debet. *l. 80. prout. D. de solut. l. 35. nihil tàm naturale. l. 100. omnia. l. 153. Ferè. D. de R. I. l. 46. quamvis. D. de acq poß.* II. Ita quoque hi modi differunt, quòd eorum alij sint naturales, ut solutio, ut contrarius dissensus: alij civiles, ut acceptilatio & novatio. *l. pen. D. de solut.* III. Ita, quod alij omnem omnino obligationem perimunt, ut solutio, acceptilatio, contraria voluntas: alij simul & veterem tollunt & novam pro ea constituunt, ut Novatio.

Ad init. tit. Tollitur.

Nunc de singulis modis separatim videamus, & I. de solutione. Solutionis verbum interdum est generale, & eandẽ vim habet quam verbum liberationis, ad

ad omnes scilicet modos tollendarum obligationum pertinens. *l. 54. D. de solut. l. 47. & l. 176. D. de V. S.* Sic & satisfactionis verbum generale est, de omni eo, quod præstatur creditori, ut is sit contentus. *l. 5. §. pen. D. de V. O.* Eaq; pro solutione esse dicitur. *l. 52. D. de solut.* Sed hîc solutionem in specie accipimus pro numeratione sive præstatione ejus, quod debetur re ipsa, quæ opponitur satisfactioni *in l. 6. D. quib. mod. pig. solv.* De ea Imp. hîc affert tria. 1. quid solvendum sit. 2. quomodo solvendum. 3. A quo. 4. Cui. 5. quis sit effectus solutionis.

Primum g. idipsum solvendum est, quod debetur, & quidem totum in eadem qualitate & quantitate; Quò pertinet illud Senecæ *lib. 4 de benef. cap. 14.* Æquissima vox est & jus gentium præ se ferens, Redde quod debeas. Item *lib. 5. de benef. cap. 14.* Quo genere obligatus es, hoc fidem exolue. Aliud autem pro alio, sive res pro re solvi, non debet, nec invito potest *l. 2. §. 1. D. de reb. cred. l. 16 C. de solut.* Volenti vero & consentienti atque acquiescenti potest, *ut hic & l. 17. C. de solut. l. 46. in pr. D. eod. l. 25. de jure dot.* Interdum tamen etiam nolenti, *ut in auth. hoc nisi. C. de solut.* Et hæc dicitur datio in solutum, quæ fit præcedente æstimatione rei. Sic loco pretij, quod in pecunia numerata consistere debet, pecora in solutum consentienti dari possunt. *l. pretij. 9. C. de resc. vendit.* Sed nec reprobos nummos solvens liberatur. *l. 24. §. 1. D. de pign. act.* Neque rem deteriorem reddens quàm data est. *l. 3. D. de reb. cred.* nec æs pro auro. *l. 50. D. de solut.* De solutione partis, an eam invitus creditor recipere cogatur, dissentientes sunt opiniones: Mihi verior videtur ea, quam probat D. Donellus *ad l. 21. D. de reb. cred. & ad l. 9. num. 8. C. de solut.* Particularem solutionem regulariter neminem cogi recipere, ut quæ multa habeat incommoda. Videatur *& l. 3. D. fam. ercisc. & l. 41. §. 1. D. de usur.* Cui vicina est altera quæstio de tempore: an debitum in diem solvi possit invito creditori ante diem? Quod dicendum est, nisi dies in gratiam creditoris adjectus sit, quod fit rarius. *arg. l. 43. §. 2. de leg. 2. l. 15. D. de annu. leg. Decius ad l. 17. cum tempus. D. de R. I.*

Secundò, ita solvendum est, ut res fiat accipientis, nec ipsi evinci aut avocari possit *l. 20. l. 46. & l. 55. D. de solut.* Eoque nomine evictio promitti solet *l. 131. §. ult. D. de V. O.* Nec enim cœpisse videtur quis quod est restituturus. *l. 71. D. de V. S.* Ut enim mutuo dari non potest res aliena. *l. 2. §. pen. D. de reb. cred.* ita nec solvi potest. *l. 98. D. de solut.* Si tamen res aliena, aut alteri oppignerata soluta sit & postea usucapta à creditore, liberatur debitor. *l. 60. D. de solut.* Huc pertinet & illa quæstio, Si is qui ex pluribus causis debet indefinitè solvat, non addens in quam causam solvat, in quid imputanda sit solutio? De qua vide *l. 1. l. 97. & l. 103. D. de solut. l. 1. C. eod.*

Tertiò, quis solvat nihil interest, utrum scilicet ipse debitor, an alius pro eo. Primum enim ipse debitor sive Reus solvere potest, nisi forte talis sit, cui alienatio bonorum suorum interdicta sit, ut est pupillus, ut est minor curatorem habens, ut est furiosus & prodigus. *l. 14. §. ult. & l. seq. D. de solut. l. 3. C. de in integ. rest. min. l. 1. & tot. tit. D. de curat. furios.*

Deinde alius etiam pro debitore solvere potest, sive is procurator sit, cui debitor hoc mandârit, *l. 49. & l. 87. D. de solut.* Nam qui mandat solvi ipse sol-

vere videtur. *l.56.D.de solut.* Intellige, si modò procurator domini nomine & non suo solverit. Alioqui enim neuter liberatur. *l.17.D.d.t.* Sive sit fidejussor, *ut hic. vers. idem ex contrario.* sive denique quilibet alius. Nam solvere pro ignorante etiam & invito cuique licet. *l.23.& l.40.l.53.& l.61.D. de solut. l.39.D. de negot.gest.* Interdum etiam ipse sibi quis solvere potest ac debet: ut tutor administrans pecuniam pupilli debitoris sui.

Quartò, cui solvi debeat. Rectè autem solvitur primum ipsi creditori. 2. Adjecto, modò in eodem statu maneat, in quo fuit tempore contractus. Tunc enim ipsi etiam creditore invito & contradicente solvi potest *l.55.& seq.§. qui sibi.D.de V.O.l.10.& l.seq.l.12.& alia causa.l.38.l.59.l.75.in pr.& l.95.§.quæsitum.& l.ult.D.de solut.* De quo adjecto supra quoque diximus *ad §.si quis aliq.vers planè. tit.de inut.stipul.* 3. Solvi potest tutori, vel ei, qui pro tutore negotia gerit, item Curatori. Nam ipsis pupillis, adolescentibus & cæteris non rectè solvitur sine autoritate, ut nec ipsi rectè solvunt. *l.14.§.1.& seqq.l.15.l.28.l.47.l.49.& l.66.D. de solut l.17.§.si pupillo. D. de usur.l.25.C. de admin. tut.* Et dixi hac de re *ad §. ult. sup. quib.alien.licet. vel non.* 4. Solvi potest vero procuratori, quem creditor omnibus suis negotiis præposuit. *l.12.in pr.l.34.§.si Titium.& l.86.D.de solut.* Nam is etiam exigere potest. *l.58.D.de procurat.l.6.§.Celsus.D.de cond.ind b.* 5. Solvi potest etiam servo actori sive dispensatori. Servo autem vulgari ex contractu tantum peculiari. *l.18.l.32.l.35.l.49.& l.51.D.de solut.l.4.C.eod.* Idque in procuratore & servo adeò verum est, ut valeat solutio ipsis facta etiam posteaquam creditor mandatum revocaverit vel servum manumiserit, aut ab actu removerit, aut peculium ipsi ademerit; modò id ignoraverit debitor, *ut sup.dict. ad §. item si adhuc. vers. Et huic simile.t.de Mand.* 6. Rectè solvitur ei, cui solvi jussit creditor. *d.l.49.vers.sed et si.l.64.D.de solut.** Postremò etiam aliis quibuscunque absque jussu creditoris solvendo debitor liberatur, si modò creditor solutionem ipsis factam ratam habuerit. Ratihabitio enim mandato comparatur. *d.l.12.§.ult. cum l.seq.d.l.49.§.ratam.l.71.§.a.item si ignorans. D. de solut.*

Quintò, vis & effectus solutionis rectè, & ut oportet, factæ hic est, Quod per eam omnis obligatio tollitur. Omnis obligatio, id est, sive ea sit Naturalis, sive civilis *l.21.D.ad l. Falcid.l.59. D. de cond.indeb.* A contrario sensu ejus legis. Item sive re sit contracta, sive verbis sive consensu. Denique sive sit principalis sive accessoria, ut usuraria & Fidejussoria, *ut hic l.43.& l.seq. D.de solut.* Et rei principalis inquam solutio liberat fidejussorem, & fidejussoris solutio liberat reum principalem, *ut hic.* Si tamen unus ex pluribus fidejussoribus suam partem solverit, is solus liberatur, cujus nomine facta est solutio. *l.37. D. de solut.* Adeò autem tollitur obligatio, ut in perpetuum restitui non possit. *l.98. §. aream. D. de solut.*

Plura de solutionibus vide apud Barnab. Brissonium, cujus de hac materia præclariss. extat comment. Dixi supra pro solutione esse oblationem, consignationem & depositionem debiti, de qua est *l.19.C de usur.l.20. C. de pign. l.9. C. de solut.* ubi videatur Donellus. *l.30.D.de solut.* Nam si creditor nolit accipere de-

bitum,

bitum, vel si non sit, cui solvi possit, Debitor obligatione liberari cupiens solenniter actestatò rem debitam offerre, consignare & vel in æde sacra, vel alio loco publico à judice designato deponere debet: Eo facto perinde liberabitur ac si naturaliter solvisset, & creditori, qui accipere noluit, prætor postea denegat actiones. *d.l.30. si debitor. D. de solut.*

Ad §. 1. Item per acceptil. & §. 2. Est autem.

Secundus modus tollendarum obligationum est acceptilatio simplex: Ea cum fiat per stipulationem, nimirum ita, quod tibi promisi, habésne acceptum? Habeo. manifestum est, non quamlibet obligationem ea perimi, sed tantum illam, quæ verbis est contracta. *l.8.§.acceptum.D.de accept.ex l.35. D. de R.I. & l 80. D.de solut.* Quid ergo si accepto latum sit ei, qui non verbis, sed re aut consensu obligatus est? Nihilne operabitur acceptilatio? Respond. Ipso quidem jure is non liberatur, sed tantum exceptione doli vel pacti sese tueri potest. *l.19. D.de except.* Atque hæc prima est differentia inter hunc contractum & superiorem, quòd scilicet ille generalis sit omnium obligationum, hic specialis tantum verborum obligationum. Secundò differunt, quòd solutio est modus naturalis. Fit enim re sive numeratione; acceptilatio vero est civilis. Fit enim verbis, sive per stipulationem, unde imaginaria solutio hîc dicitur, & apud Senecam *lib.6.de Benef.cap.4.* Sic imaginaria fuit solutio in judicio Bocchoridis quo condemnavit amatorem Thonidis scorti: de quo vide Clementem Alexandrinum 4. Stromat. Plutarch. Demetrio: Suidam & Zonaram. Et illa, ad quam fatuus Parisiensis condemnavit eum, qui panem suum comederat ad nidorem carnium alterius.

Est autem acceptilatio liberatio per mutuam interrogationem, quâ utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. *l. 1. D. de accept.* & differt ab Apocha, quia per apocham non aliâs liberatur debitor quam si pecunia soluta sit. *l.19. §.1. D.de acceptil.* Neque vero ei, quod dixi, Acceptilationem esse modum civilem, obstat *d.l.8.§.ult.D.d.t.* Nam quod ibi ait JCtus, Acceptilationem esse juris gent. id intelligendum est non de origine & forma, sed de usu frequenti acceptilationum. Unde & Græcè fieri potest acceptilatio, ut hîc dicitur & *d.l.8. §. ult.* Nam & stipulatio Græca lingua vel alia qualibet fieri potest. *§. Græcè. sup. de Fidejuss.* Ait Imp. Etiam in parte debiti acceptilationem fieri posse, sive ut ait Paulus & Pomponius, Pars stipulationis accepto fieri potest, & potest ex parte fieri acceptilatio. *l.9 cum l.seq. & l.17.D.de accept.* Intellige, si modo id quod in stipulationem deductum est, divisionem recipiat. *l.13. §.1. & §.2. illud. D. eod.* Potest enim etiam hinc sumi argumentum pro eo, quod supra dixi de particulari solutione, eam neminem cogi accipere. Nam acceptilatio non fit nisi à volente creditore, ergo & solutio partis fit volenti, non etiam invito, quod & Accurs. hîc admonet. Ut autem per acceptilationem non modò verborum, sed aliæ quoque obligationes tolli possint, duplex inventa est ratio ac via.

1. Ut id quod debetur ex alia causa, puta ex contractu, qui re vel consensu fit, in stipulationem deducatur atque ita novetur ac postea accepto feratur, sive per acceptilationem remittatur. 2. Ut præmittatur Aquiliana stipulatio, per quam debitum præcedens etiam novetur, eiq; subjiciatur acceptilatio. Nomen habet Aquiliana stipulatio à Gallo Aquilio JCto ejus inventore, qui & alias formulas excogitavit, ut Rationem instituendi vel exhæredandi posthumi. *l. 29. Gallus. D. de liber. & posthum.* Et cautionem de dolo malo teste Cicerone *3. de offic.* Formulatur ipse apponit hîc Imp. ex Instit. Florentini *l. 18. §. 1. D. de acceptil.* Exempla Aquilianæ stipulationis passim occurrunt in LL. *ut l. ult. C. de accept. l. 3. cum l. seq. l. 15. 37. & 40. C. de transact. l. 4. & l. 15. D. eod.* Est enim usus acceptilationis frequentissimus in transactionibus. In ipsa formula hæc verba observentur. 1. Causa. Latissimè patet & omnes omninò actionum causas complectitur, non solum obligationes tàm ex delicto vel quasi quàm ex contractu vel q. ex quibus actiones in personam: verum etiam causas actionum in rem, vel mixtarum. *arg. l. 9. in pr. D. de reb. cred.* 2. Dare facere. Hæc duo verba conjungere solent veteres ad significandam materiam cujuscunq; obligationis. In omni enim obligatione versatur vel rei datio vel factum, *ut sup. d. ad tit. de obligat.* Sic in *l. 11. D. Rom. pup. salu. fore.*

Quod ex tutela dare fieri oportet, *& l. 27. D. de novat.* Quicquid ex vendito dare facere oportet, *& l. 53. D. de V. S.* Quod eum dare facere oportet. *Cic. 3. de offic.* Arbitrum illum adegit quid sibi dare facere oporteret ex fide bona. 3. Oportet oportebit, satis erat dixisse oportebit. Nam hoc verbum tàm præsens quàm futurum significat. *l. 8. D. de V. S.* Sed ut distinctè utrumque tempus exprimeret, Aquilius adjunxit oportet. 4. Notanda est distinctio horum trium, Actio, petitio, persecutio, de quo dicam *inf. ad tit. de Action.* Videte *l. 178. §. actiones. D. de V. S.* 5. Notetur distinctio verborum, Habere, tenere, Possidere, non enim otiosa est hæc Synonymia, ut sæpè inepti concionatores eandem rem insulso κοκκυσμῷ sæpius inculcant verbis idem significantibus. Sed JCti ut fuerunt accuratissimi in verbis distinguendis, & rebus convenienter aptandis, ita & inter hæc discrimen fecerunt. Habere plerumque ad jus refertur, ut jure dominij aliquid habere. Res tuas tibi habeto. *l. 2. §. 1. D. de divort. & rep.* Item cum dicimus, venditorem cogi ut præstet emptori habere licere, id est, sine interpellatione, sine evictione. Tenere ad merum factum pertinet. Possidere ad factum jure permixtum. De quo pluribus explicari solet *ad l. 38. D. de V. O. & ad l. 188. D. de V. S.* 6. Quod ait, dolóve malo fecisti quo minus possideas.

Notandum pro possessore haberi eum, qui dolo desiit possidere. *l. 131. l. 150. & l 157. §. 1. D. de R. I.* 7. Nomina hæc Aulus Agerius & Numerius Nigidius, exempli loco ponuntur, ut aliàs solent Cajus Sejus Lucius Titius Sempronius, &c. *l. 41. §. ult. D. de usur.* Et verba hæc, sub conditione, quanquam non extant in veteribus libris, neque apud Theophilum neque in *d. l. 18. §. 1. D. de acceptilatione:* tamen non malè hîc addita sunt. Nam & id quod in diem vel sub conditione debetur acceptilatione tolli potest. *l. 12. D. d. t.*

Quanquam

Quanquam ipsa acceptilatio in diem vel sub conditione fieri non possit *l. 4. & 5. D. eod.* Tum, quia acceptilatio est actus legitimus, qui conditionem & diem non recipit. *l. 77. D. de reg. jur.* tum quia solutio non potest fieri in diem vel sub conditione: Acceptilatio autem exemplo resolutionis liberare solet. *d. l. 5. D. d. t. si* tamen acceptilationi subjecta sit pœnalis stipulatio, hæc cōditionem suam tacitè etiam ipsi acceptilationi communicat & inserit, de quo vide *ad l. 15. D. de transact. Alciat. ad l. 17. & l. 40. C. eod.*

Ad §. Præterea.

IV. Modus tollendarum obligationum est novatio. De quo agitur *in tit. D. & C. de novat. & delegat.* Dico IV. modus, quia secundum duplicem fecimus: acceptilationem simplicem, & eam quæ subijcitur Aquilianæ stipulationi. Admonendi autem sumus, cum duplex sit novatio: alia voluntaria, alia necessaria, quæ fit per litis contestationem & sententiam. *l. 29. aliam. D. de novat.* qua scilicet judicium reddatur etiam in invitum. *l. 83. inter. §. 1. D. de V. O.* hîc tantum de voluntaria agi. Nam & hæc sola propriè dicitur novatio. Definitur novatio prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio. *l. 1. D. de novat.* sive Translatio in aliud nomen aliumque statum obligationis. *l. 17. parvi. D. de cond. furt.*

Dixi, prioris debiti, intellige, sive illud naturale sit sive civile sive honorarium. Item sive obligatio prior re sive verbis sive consensu contracta sit. *d. l. 1. §. 1. D. de novat.* Dixi in aliam obligationem. Novatio enim non solum perimit priorem obligationem, sed etiam pro ea novam constituit: unde & nomen habet: Ideoque fit duobus modis. Vel enim manente eadem persona, quæ antea obligata fuit, causa tantum obligationis mutatur, v. g. si quod mihi antea ex empto vel ex testamento debeas, in stipulationem deducam: vel alia accedit persona, in quam obligatio transfertur, cui simillima est delegatio.

Exemplum *hîc initio. §.* Dixi, per novationem simul & veterem obligationem perimi & novam constitui, *ex l. 1. in pr. D. de novat.* Hoc tamen non est perpetuum. Interdum enim posterior stipulatio est inutilis, & proinde obligationem nullam parit, & tamen prior obligatio per eam tollitur. Exemplum est, si quis stipuletur à pupillo sine tutoris autoritate sibi dari id, quod alter debet. Notum est enim pupillum sine tutoris autoritate non obligari, ne naturaliter quidem nisi factus sit locupletior pupillus. *supr. de inut. stipul.* Ubi dixi. Aliud est, si quis à servo idem stipuletur, quod alius debet. Hîc enim prior obligatio manet. R. Diff. Quia servi nulla est persona, sed habetur loco rei, *ut sup. d. ad tit. de stipul. serv.* In omni autem novatione personam intervenire oportet. *arg. l. 14. quotiens in fi. D. de novat.* pupillus vero personam habet: tametsi obligari non possit sine tutoris autoritate. Imputet g. sibi creditor, qui à pupillo sine tutoris autoritate stipulatus sit, cum sciverit, vel scire debuerit, eum obligari non posse,

arg. l. 19. qui cum alio. D. de R. I. facit *l. 28. si Titius. D. de fidejussorib.* Notanda est hîc differentia obligationis & testamenti. Nam obligatio utilis etiam per posteriorem inutilem tollitur: Testamentum vero prius non tollitur nisi posteriore perfecto. §. *posteriore quoque. supr. Quib. mod. testam. infirm.* Et hæc hactenus de ea novationis specie, quæ fit interventu novæ personæ. Ubi tamen cavendum ne putemus, adhibito fidejussore esse novationem. Nam fidejussore dato non desinit obligatus esse reus, ut novatione vel delegatione facta, ubi alium sua vice debitorem substituit. Sequitur de altera specie, quando eadem persona manet: de qua duo ait Imp. I. non semper novationum fieri, sed ita demum, si in posteriore stipulatione aliquid novi fit: ut puta, si cum prius purè deberetur, novandi causa sub conditione vel in diem promittatur: id quod fieri potest: Sed tum demum facta erit novatio, cum conditio extiterit, *ut hic & l. 14. quotiens in pr. D. de novat.* II. Tunc solum fieri novationem, cum hoc ipsum expresse dictum est à contrahentibus, quod hanc posteriorem stipulationem novandi causa interponant: alioqui non esse novationem, sed potius pristinæ obligationis confirmationem, sive duas obligationes, *l. ult. C. de novat.* Olim sufficiebat, si animo novandi in secundam obligationem contrahentes ivissent, si inquam hoc inter ipsos actum esset: unde sæpè in Jurisconsultorum responsis de novationibus occurrit illud: Si hoc agatur, si hoc actum sit. Item si novandi animo hoc fiat. Loca adduxit Cujacius hic in Notis, quorum quædam etiam interpolata sunt à Triboniano propter *d. l. ult.*

Cum autem animus cujusque multis tegatur simulationum involucris, & quasi velis quibusdam obtendatur, ut ait Cicer. *Epist. 1. ad Q. Fr.* & sæpè obscurum sit quid actum sit, veteres hoc conjecturis & præsumptionibus quibusdam indagabant.

Sed quòd hæ quoque fallere possunt, quo res certior esset, Justinianus *in d. l. ult.* constituit, ut non aliter fiat novatio nisi hoc ipsum à contrahentibus specialiter expressum sit. Porrò quis novare possit, de eo vide *l. 10. l. 20. l. 22. l. 25. & l. 31. §. 1. & l. ult. in pr. D. de novat. l. 22. D. de admin. tut.* Novationis autem legitimè factæ effectus idem est qui solutionis, Nimirum, ut per eam non tantum principalis obligatio, sed & accessoria & usuræ liberentur. *l. 18. D. de novat. l. 43. D. de solut.*

Sed est præterea proprius, quod obligatio nova simul per eam constituitur, quod non fit in solutione. De delegatione verò & quomodo ea differat à cessione actionum videatur Cujac. *in paratit. C. de novat. & delegat.*

Ad §. ult. Hoc amplius.

V. Modus est contraria voluntas & conventio, sive dissensus. Sed hic tantum earum obligationum est proprius, quæ solo consensu contractæ sunt. Regula

Regula hæc est: In obligationibus quæ consensu constant quàm diu res est integra, potest utriusque partis contraria voluntate à contractu discedi. Exemplo sit emptio, quam contrahi dictum est nudo consensu simul atque de pretio convenerit, etiamsi nondum res tradita neque pretium numeratum sit. Ab ea re integra discedere licet. *l. 58. ab emptione. D. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. D. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quando lic. ab empt. disc. l. 95. Stichum. §. ult. D. de solut.*

Ubi etiam fidejussor eo nomine acceptus liberari dicitur, Si res non amplius sit integra, sed vel pretium jam numeratum vel traditio facta est, omnia prius in eum statum restituenda sunt, in quo fuerunt, antequam contraheretur: atque ita à contractu recedi & uterque liberari obligatione potest. *d. l. 1. vers. at enim. C. quando lic. ab empt. disc.*

Dixi, utriusque partis consensu; Quia pro una parte contrahentium pacto (ab emptione) à contractu abiri non potest. *l. 1. D. de resc. vendit.* Non enim licet pœnitere altero invito. Exceptiones duas de societate & mandato supra vidimus. In quibus duobus contractibus potest renunciare unus dum res est ingra. Quæri hîc potest, An mutuo dissensu possint vel sponsalia vel matrimoniũ dirimi. Et olim quidem bona gratia poterant dissolui. Hodie nõ item, quia quos Deus conjunxit, homo ne separet. Et hæc de modis obligationum tollendarum, quos Imp. hîc attulit. Sunt & alij complures, quibus sine facto & voluntate contrahentium liberatio ipso jure contingit, ut supra initio dicebam. Eos hîc enumerat Accurs. in fi. tit. & accuratè eos explicat. Brissonius totis trib. libris, quẽ vide. Tales sunt 1. Compensatio, id est, debiti & crediti inter se invicem contributio: de qua est *tit. D. & C. de compensat. & in §. in bonæ fidei. infr. de action. vide Cujac. lib. 8. obs. cap. 16.* ut 2. confusio, id est, si vel creditor debitori, vel debitor creditori hæres extiterit. *l. C. de pact. l. 1. §. si debitor. D. ad l. Falcid. l. 14. C. eod. l. 71. Granius. D. de fidejuss. l. 65. §. 2. aditio. D. de solut. l. 38. si Stichum. §. 1. l. 50. debitori. D. de fidejuss.*

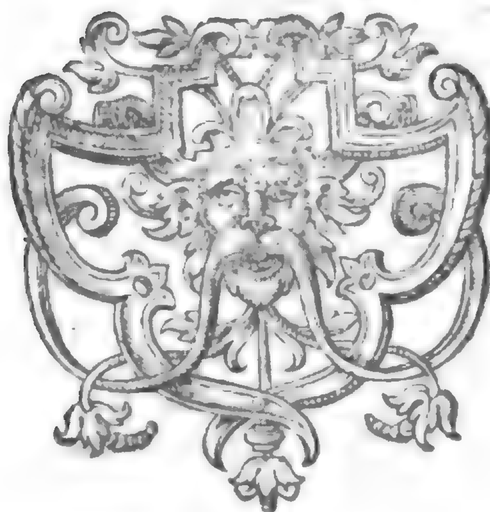
Ratio est, Quia hîc in eandem personam concurrit creditor & debitor: quod natura non patitur *l. pen. D. de solut.* nemo enim sibi ipsi debere potest. Per hunc modum etiam servitus prædij extinguitur, cum idem prædij servientis & dominantis fit dominus. *l. 15. si cum servitus. D. Quib. mod. serv. amit.* Quia nemini res sua servit. 3. Interitus rei certæ, quæ debetur, si res illa sine mora & culpa debitoris extincta sit. *l. 23. si ex legati D. de V. O. d. l. pen. D. de solut.* Huc pertinet exemptio rei ex commercio, ut si sacra aut religiosa fuit, Item manumissio servi. *l. 98. §. aream. D. de solut.* 4. Captis diminutio. *l. 2. §. 1. & l. 7. tutela. §. si libertate. D. de cap. min.* 5. Delictum creditoris, puta vis aut metus debitori illatus *l. 13. D. Quod metus causa. l. 7. C. unde vi. Nov. 52. & 134.*

Postremò notandus est etiam singularis modus [tollendæ obligationis usurarum,] si nimirum ad duplum pervenerint, sive si æquaverint sortem. Tunc enim desinunt deberi. *l. pen. §. ult. D. de usur. l. si non sortem. §. supra*

§. *supra duplum. D. de cond. indeb.* Item quo pignus vel hypotheca solvitur, Nimirum si creditor consenserit venditioni debitoris. *l. 4. l. 7. & l. seq. D. Quib. mod. pig. solv. l. 158. D. de R. I.* Sunt & alij modi tollendi pignoris, de quibus videatur. *d. tit. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*

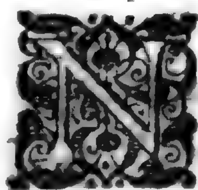
NB. ad finem hujus tit. Cum inter hos modos tollendarum obligationum non habeatur cessio bonorum, manifestum est debitorem per eam non liberari, quo minus possit denuò de residuo conveniri à creditore. *l. 1. C. qui bonis cedere poss.*

FINIS LIBRI TERTII.



CON-

CONRADUS RITTERSHUSIUS D. JURIS STUDIOSIS, AUDITORIBUS SUIS CARISSIMIS S. D.



NISI vobis, Auditores cariſſimi, per ſe ſatis commendata eſſet Inſtitutionum Juris lectio, facerem pluribus, ut ad excitandam diligentiam veſtram earum vobis utilitatem cum pari conjunctam neceſſitate exponerem, & ante oculos ſtatuerem. Nunc cum veſter in prioribus liberis tribus cognoſcendis ardor ſatis declarârit, quid de illis ſentiatis, fit ut longiore earum commendatione facilè poſſim ſuperſedere. Sed tamen ut currentibus quoque calcar addam, cognoſcite, ſi placet, quæ ad Imp. Carolum V. in *præfatione* Inſtitutionum Theophili ſcribit Viglius Zuichemus. Ejus enim verbis quàm meis uti malo, propter ſummam viri tàm in foro quàm in Scholis auctoritatem: eaque hîc vobis præſcribam.

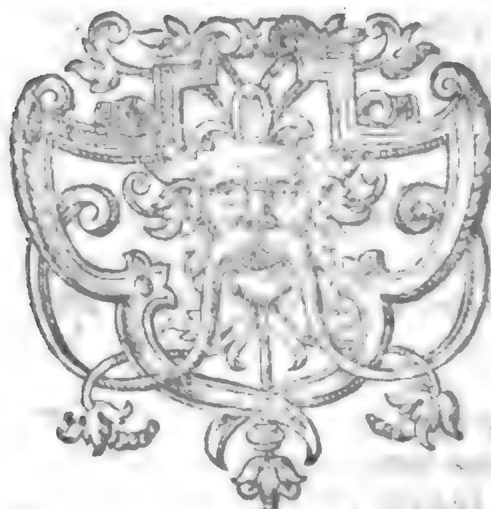
Inſtitutiones (inquit) cum in omni diſciplina ſint utiles, tum verò in jure propè neceſſariæ ſunt, propter ſummam ejus difficultatem immenſitatemq;. Magni autem eſt momenti, à ſuis principijs ac elementis artem aliquam didiciſſe. Et ut non alia eſſet ratio, quæ Inſtitutiones nobis commendaret, quàm quod eas benè edocti, multo maturius ad præſtitutam ſtudiorum metam pervenire queunt: ſufficere tamen ſola hæc deberet, ob quam tyrones ſummo ſtudio Inſtitutiones diſcendas ſibi proponerent. Non enim aliunde aliquis vel melius vel maturius univerſæ Juriſprudentiæ ſummam, quàm ex iſthoc Inſtitutionũ opuſculo haurire queat. Cur autem in eo plures annos conſumamus, quod paucioribus exequi poſſumus? Et quanquam ille etiamſi alterum in ſepulcro pedem haberet, diſcere ſe velle ajebat: non tamen nos ideo in Scholis totam ætatem commorabimur, quaſi apud Minoëm vel Æacum (ut dicere ſolebat Cato) cauſas olim dicturi. Et in hac vitæ brevitate inprimis curandum eſt, ut ſtudia noſtra quoad fieri poteſt, maturemus. Nemo autem citius ſe abſoluit, quàm qui certam rationem & viam elegit, quæ maximè in Inſtitutionum diſciplina conſiſtit: quales citra controverſiam pulcerrimæ ſunt, quibus in Jure civili utimur. Continent enim ſummam quandam & legum penè omnium compendium. Nam quæ Pandectis vel Codice titulis libriſque totis explicantur, ea hîc brevibus paragraphis ſeu verſiculis incredibili ordine & elegantia comprehenſa habemus: quæ non aditum modò ad ſecretiora juris myſteria patefaciunt, verum toto itinere & in quibuſcunque legum ænigmatis non aliter ac fax quædam prælucent. Hæc & his etiam plura Viglius. Omitto hîc quæ de Inſtitutionibus noſtris ſcribit Jac. Cujacius *lib. 11. obſerv. cap. 38.* Sunt enim in omnium manibus, nec vobis ignota. Vultiſne & Azonem antiquiſſ. Interpretem audire, quid de ijſdem pronunciet? Sic ille *in proœmio ſummæ ſuæ*. Habet quælibet ſcientia principia & radices ſuas, ſuper quibus regulare conſtituitur fundamentum. Unde

 fideli-

fideliter consulo his, qui causarum patroni fieri optant, ut sine Institutionum doctrinis ad legum sublimitates conscendere non præsumant: quoniam ex alto irremealibi corruit, qui volare satagit antequàm pennas assumat, &c.

Etsi autem totum Institutionum opus tantas, quantæ jam commemoratæ sunt, utilitates complectitur: tamen præ cæteris libris eminet quartus: quod & vulgo persuasum est. Nam cum in eo unum ex præcipuis sit caput de Actionib. actionibus autem juris nostri persecutio magnam partem contineatur, & ad actiones cætera ferè omnia, quæ in jure traduntur, spectent ac referantur: vel hinc istius libri amplitudo & utilitas satis liquet; ut interim de obligationibus ex maleficijs, quæ sunt frequentissima, nihil dicam. Quæ cum ita sint, in hujus Quarti libri auscultatione tantò vos diligentiores fore confido, quantò maiores inde utilitates haurietis.

Ut autem maximas hauriatis, ego quantum in me erit sedulò operam dabo, atque, ut spero, efficiam, si nostræ diligentiæ vestra aspiret & velut ex altera parte respondeat. Explicationem ejus auspicabor, cum Deo, cras hora. 2. Valete. PP.VI. Augusti A. MD XCIII.



CON-

CONRADI RITTERSHUSII COMMENTARIUS.

AD TIT. I. LIBRI QUARTI.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE EX DElicto Nascuntur.



ULTOS cum in reliquis juris libris, tum in Institut. nostris observare licet titulos generales, qui etiam sequentium aliquot titulorum argumento aptantur, quod suo ambitu complectuntur. Talis etiam hic est, qui sub se comprehendit omnia quæ sequuntur usque ad tit. 5. Initium hujus tit. generale est: In quo post transitionem sive ordinis rationem primò obligationes ex maleficio cum obligationibus ex contractu comparantur, earumque inter se differentia ostenditur: Deinde species delictorum quatuor enumerantur.

Differentia hæc est: Ex contractibus quidem natæ obligationes sunt quatuor generum: Vel enim re, vel verbis, vel litteris, vel consensu contrahuntur. *§.ult. supr. de oblig. & aliquot titulis seqq. usq. ad tit. antepen. lib. 3.* At verò obligationes ex maleficio ortæ non distinguuntur, sed ejusdem generis sunt omnes. Omnes enim ex re nascuntur, sive ut Cajus ait. *l. 4. D. de obl. & act.* re tantùm consistunt, id est, ipso maleficio. Res enim hìc pro facto accipitur, ut & *sup. in tit. Quib. mod. re contrah. obl.* Facta talia sunt, contrectatio, ablatio ereptio, læsio, pulsatio, verberatio, scriptio, convitium, maledictum, &c. Nec superioribus obstat, quod Injuria quædam verbis, ut convitio, quædam re, ut si manus inferantur, fiat *l. 1. §. 1. D. de injur.* quædam etiam scriptis. *l. 5. §. pen. D. d. t. & tit. C. de fam. lib.* Nam & verborum prolatio & scriptio factum quoddam sunt, non minus quàm manuum illatio. Neque verba aut scripta certa ac sollemnia aut concepta hìc requiruntur, ut cum dicimus obligationem contrahi verbis aut litteris, sed quælibet sufficiunt. Sic ergo primùm contractus à delictis differunt. Deinde hi mali contractus (sic appellantur interdum delicta. *l. 52. si servum. D. de re judic. l. 1. C. si advers. delict.*) omnes producunt obligationem ab uno tantum latere, seu μονόπλευρον: cum ex contractibus, multi sint ultro citroque obligatorij.

Est & alia differentia in eo, quod contractus sunt συναλλάγματα voluntaria, & in illis consensus omnium sive utriusque partis intervenit. *l. 1. D. de pact.* Delicta verò fiunt illa quidem à volente, sed fiunt nolenti & invito: Unde συναλλάγματα ἀκούσια dicuntur etiam ab Aristotele *lib. 5. Ethic. cap. 2.* Verbi gratia, cui furtum fit, mallet rem suam retinere, quam actionem contra furem habere, vel ad duplum vel ad quadruplum, cum multa accidere possint, quæ inanē faciant ipsi actionem, ut id consequi non possit: v.g. inopia adversarij *l. 6. D. de dolo malo.* Idem intelligendū est de eo cui damnum datum, vel res sua vi rapta est vel injuria facta, &c.

Semper enim melius est intacta cujusq; jura servari, quam post causam vulneratam remedium quærere *l. ult. C. in quibus caus. in integr. restit. necess. non est*. Sed nec in faciente delictum animus fuit se obligandi, ut ejus quoque respectu ἀκούσιον sit συνάλλαγμα. Quod ad quatuor delictorum species attinet, totidem etiam à Cajo numerantur *in d. l. 4. D. de oblig. & Act. & in fragm. Instit tit. ult. & init. tit. inf. de nox. act.* Quæritur autem an non sint plures? Et quidem putant esse plures: Et has quatuor exempli causa hic afferri, cum dicat Imp. veluti. Alij ad hæc quatuor ut summa genera cæteras, si quę sunt, referri posse contendunt.

Ad §. 1. furtum est.

De furto hæc VIII. capita fere sub h. t. explicantur. 1. Notatio nominis, sive de furti verbo. 2. Definitio. furti. 3. Divisiones. 4. De ijs quæ ad furtum faciendum requiruntur. 5. De rebus, quarum furtum fiat. 6. De personis, tam eorum contra quos furti actio datur, quam rerum quib. datur. 7. De poëna furti. 8. & ult. de actione furti, & quomodo à condictione furtiva & rei vinicatione, quæ cum ea sæpe concurrunt.

Principio hic notentur aliquot verba in furto usitata: qualia sunt clepere, quod est à Græco κλέπτειν; & tangere, quod sæpe est apud Plautum unde tagax, id est, furax etiam apud *Cic. Epist. ad Attic.* ubi sic restituit Cujac. *lib. 6. obs. c. 2.* Est & manticulari apud Apuleium *apolog. 1.* Plautum captivis, & Festum. Item legere: ut Horat. Et qui nocturnus sacra Divum legerit. & Harpagare ἀπὸ τοῦ ἁρπάζειν. Porrò furis nomen pro ingenti scelere interdum poni annotat Servius apud Virgil. 8. *Aen.* At furis Caci mens effera.

Etymologia vero furti quadruplex, vel potius triplex hic affertur, ex Paulo *l. 1. §. 1. D. de furt.* Ex quibus optima & verissima est ultima, ut scilicet fur à ferendo dicatur: quomodo Græce φὼρ ἀπὸ τοῦ φέρειν Est enim ex re ipsa & natura furti sumpta: quod non nisi in ijs rebus, quæ auferri possunt, locum habet, id est, in rebus mobilibus, non autem in immobilibus *l. 38. D. de usucap. l. 25. verum. D. de furt. §. furtiva & §. quod autem. sup. de usurp.* Notandus hic Ictorum mos, qui in diversitate opinionum eam fere probare solent & sequi, quam postremo loco referunt. Solent etiam Latina multa ex Græcis deduci; ut hic φὼρ fur, ut alibi δὼς dos; δῶρον donũ: λέξις Lex & legatũ: δεῖξις dicis causa &c. Vide *Ios. Scalig. conjectanea ad Varron. & nostrum Indicem Græcolatinum.* Quod autem ait, Furtum noctu plerumque fieri, eo pertinet, quod Hesiodus furem ἡμερόκοιτον appellat, quasi qui interdiu dormiat, noctu vigilet: & Homerus noctem furi amicam esset ait: κλέπτῃ δὲ ἀμείνω νυκτὸς ὁμίχλη. Euripides quoque: κλεπτῶν μὲν ἡ νύξ, τῆς δ' ἀληθείας τὸ φῶς, id est, Fures tenebras, lucem amant qui vera agunt. *Cujac. tract. 7. ad African. Sic Marcell. Palingenius lib. 8.*

Sic

Sic fures etiam faciunt omnesq; scelesti:
Oderunt lucem, & tenebris lætantur opacis
Ut sua non possint furta & malefacta videri.

Et *Aurel. Prudentius cathemer. hym. 2.* Furante lucem squalido Impune peccat tempore: Sed lux dolis contraria, latere furtum non sinit. Versuta fraus & callida, amat tenebris obtegi. Eleganter item vetus Comœdia Querolus: ubinam illa est cohors fuliginosa, Vulcanosa, atra, quæ de die sub terras habitant: nocte in tectis ambulant? Idem indicat Evangelica admonitio de Vigilando: Si sciret (inquit) Paterfam. qua hora venturus esset fur, vigilaret. Sic Petrus extremum diem tanquam furem in nocte venturum esse ait. II. Definitio furti item ad verbum descripta est *ex l.1.§.ult.D.de furt.* Conferantur cum ea & aliæ aliorum: ut Pauli *lib.2.sent.tit.31.* ubi furem definit, qui dolo malo rem alienam contrectat. Sic Sabinus apud Gell. *lib.11.c.ult. prope fin.* ait: Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur. Item: qui alienum jacens lucri faciundi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cujus sit sive nescit. Alij brevius: Furtum est interversio possessionis rei mobilis ex *l.67.D.de furt.* Sed definitionem Pauli & Justiniani retineamus, breviterq; explicemus. Primum igitur furtum dicitur contrectatio. Nam furtum non admittitur sola furti faciendi cogitatione & animo ac propositione (ut neque alia delicta, ex quo etiam fit, ut nemo cogitationis pœnam patiatur *l.18. D. de pœn.)* sed re & facto assumpto actu, id est, contrectatione *l.3.§.18.si rem D.de acquir.poss. l.1.§.1.& 2 l.21. §.7. qui furti.l.52. si quis §.19. neque verbo. l.67. inficiando. D.de furt.l.20.si quis servo.C.eod.l.225.fugitivus.D.de ver.sig.* Posset etiam dici ablatio, ut in *l.21.in pr.& l.57 si creta.D.de furt.* Sed interdum etiamsi res non auferatur, sed tantùm contrectetur, satis est ad furtum committendum: ut inf. in exemplis patebit. *§.furtum a. fit. & §.placuit.h.t.*

Quod autem in Hotom. in partitionibus putat, eum, qui vas, quod tollere non potuit, aperuit, & res contrectavit, quamvis partem tantùm earum averterit, omnium tamen furem esse: probare non possum, propter *l. 21.vulgaris. in pr.& §. sed si de navi.& §. item si majoris.D.de furt.* Apertè enim ibi ait Ulp. repudiatam esse hanc opinionem Ofilij & Trebatij, qui putabant si quis modium frumenti ex acervo sustulisset, totius acervi furem esse. Sed ei quod sup. dictum est, furtum cogitatione & animo solo non fieri, obstare videtur, quod ait *Sabinus apud Gell.d.loco*: Furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente atque animò, ut furtum fiat, annitente. Resp. loqui Sabinum de eo, qui alteri mandavit, ut furtum faceret. Is enim æquè tenetur furti ac fur ipse, etiamsi non contrectarit, sed mandarit tantùm. Additur in definitione: fraudulosa. Furtum enim, nemo facit sine dolo malo. *l.50.in furti.§.rectè.D.de furt.* Cum facto etiam animum furis furtum exigit. *l. 41.si quis testamentum. in fi. D. ad l. Aquil.* Hinc fraudandi animo dicitur, *l.25.verum.§.ult. D.de furt.* Nam ut in omni delicto versatur fraus & dolus malus: Ita & furtum sine affectu & animo furandi, sineq; fallacia & dolo malo non committititur. *§.placuit.vers.quia furtum.inf.h.t.§.furtiva.*

tivæ.vers.furtum.sup.de usucap.l.33.tutor.l.37.furtū.l.43.falsus.§.proinde.l.46.inter.§.7.recte.l.52.si quis uxori §.20.si quis asinū.l.75.si is qui.D.de furt.l.45.rei comm.l.51.merito D.pro socio. Etiamsi quis ergo rem alienā fortè jacentē cōtrectaverit & tulerit: si tamen non furandi aut celandi ac intervertendi animo id fecerit; sed vel ideò, ut domino salvam faciat & restituat, vel quia suam aut hæreditatem esse putat, vel quia credit se domino non invito re uti, furtum committere dicendus non est. Exempla sunt *in d.l.21.§.3.sed etsi quis.l.43.§.8.proinde.& §.[illegible].si jactum.vers.enimv.l.55.cum creditor.l.76.qui re.in pr.D.de furt.§.placuit.inf.h.t.d.§.furtivæ.vers.sed tamen.sup.de usucap.*

Additur porrò lucri faciendi causa: ut & *in d.l.43.§.qui alienum.D.de furt.l.8.facienda.§.igitur.D.Arb.furt.cæs.* vel lucrandi animo: ut *in l.44.si jussu.D.de furt.& §.ult.sup.de rerum divis.* ut lucri faceret. *l.65.qui ea mente.D.de furt.* Et hoc est quod vulgò dicitur: Voluntas & propositum delinquentis distinguit maleficia. *l.53.qui injuria.D.de furt.* Nec factum quæritur, sed causa faciendi, id est, quo fine quidq; factum sit. *l.39.verum.D.d.t.* Ergo qui non furti faciendi, sed injuriæ aut damni causa alterius januam effregerit, aut aliud quid ruperit, non furti, sed vel injuriarum vel legis Aquiliæ actione tenetur, etiamsi per alios eodē tempore res amotæ sint. *l.22.si quid.& d.l.53.qui injuria.D.de furt.* Non enim hoc animo aut fine januam effregit: ut furtum fieret (quo casu teneretur furti, ope consilio:) ut inf. dicetur. Sed ut ipse injuriam faceret. Sic si quis alienam ancillam meretricem libidinis explendę causa rapuit, non est furtum *d.l.39.verum,* Aliud est in ancilla non meretrice. *l.82.fullo.§.2.qui ancillam.D.d.t.* Sequitur: Rei, non autem additur alienæ, ut fecit Paulus in sentent. *d.lib.2.tit.31.* Quamvis enim furtum plerumq; & regulariter fiat in re aliena: aliquando tamen etiā suæ rei furtum quis committit: ut infr. dicetur *ad §.aliquando autem.h.t.* Porrò Rem hîc accipe corporalem, & mobilem, & quæ ab aliquo possidetur. Nam cum res incorporalis tangi & contrectari, immobilis verò tolli & auferri non possit: sequitur, earum furtum non fieri, quod contrectatione fieri & à ferendo dictum esse sup. audivimus. Quod autem rem ab aliquo possideri necesse sit, probatur. *l.43.falsus.§.4 quod si dominus.D.de furt.l.1.§.15.Scævula.D.Si is qui test.lib.* Nam si non sit qui possideat, non est cui furtum fieri dicatur, aut quo invito res contrectetur. Hinc fit, ut hæreditati jacenti furtum non fiat; quia nec ipsa hæreditas possessionem habet rerum hæreditarium, cum animo & affectu careat, qui est personæ proprius: nec hæredis est possessio ante quàm possideat. *d.l.1.§.scævula.Cic.lib.7.ad Trebat.epist.23.l.14.eum qui.§.14.si res commodata.l.68.hæreditariæ.D.de furt.l.2.in pr.& l.ult.D.de crim.expil.hæred.* Cujus regulæ exceptio est *in d.l.68.cum 2.seqq.* Sic rem pro derelicto habitam occupans adeò furtum non facit, ut etiam dominus ejus statim efficiatur. *§.qua ratione.sup.de rerum.divis.l.43.§.5.quod si dominus.D.de furt.*

Additur præterea: vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve. Non tantùm enim in re ipsa, id est, in ejus dominio, sed etiā in usu ac possessione furtum committitur. In re enim hæc hæc potissimum considerantur: Dominium, & possessio atq; usus. Rei ipsius furtum facit, qui eam contrectat & aufert: ut

servum,

servum, vel vestem, vel quamlibet rem alienam: Possessionis, ut si colonus fundum vendat, & ita possessione dominiũ intervertat, vel sibi possidere constituat, cum nemo sibi ipsi causam possessionis mutare possit. *l.19. qui bona. §.1. & passim. D. de acq. poss.* Itẽ si bonæ fidei possessori res eripiatur. *l.74. furtivã. D. de furt.* Quo casu uterq; actionem furti habet, & dominus & bonæ fidei possessor. Illi enim proprietatis, huic possessionis causa præstanda est. Usus denique, ut si id quod mihi commodatum est in unum diem aut ad certum usum, id diutius vel etiam in alios usus detineam, vel alij commodavero: Item, si, quod mihi pignori datum est, vel apud me depositum est, eo utar. *§. furtum autem, & seqq. inf. h.t. l.40. qui jumenta. l.54. si pignore. l.71. si is cui. & l.76. qui re. l.82. fullo. in pr. D. de furt.* Postremò additur in definitione: Quod lege naturali prohibitum est admittere: Quæ tamen particula, si verum dicere volumus, non tàm furti propria est, quàm omnium delictorum & criminum communis. Non minus enim vis & rapina, damnum, injuria, adulterium, stuprum, homicidium, &c. natura turpia sunt & prohibita, quàm furtum: nec tamen in eorum definitionem hæc particula ingreditur. Explicemus tamen & hanc clausulam. Lex naturalis est ratio naturalis, quæ est quasi lex quædam tacita, ut ait Paulus *in l.7. cum ratio. D de bon. damn.* pulcrè *Cicero pro Milon.* Est hæc non scripta, sed nata lex, &c. Furtum autem ut taceam legem divinam, etiam juri naturæ repugnat, & probrum est natura turpe, non tantùm civiliter, sive (ut vulgò loquuntur) propter legem positivam. *l.42. probrum. D. de ver. sig.* Cum enim jure naturali sive gentium res pleræq; nobis adquirantur: *§. singulorum. sup. de rerum divis.* & distinctio dominiorum ex jure gentium introducta sit: *l.5 D. de just. & jur.* cumq; id quod nostrum est, non possit nec debeat sine facto nostro ad alium transferri: *l.11. id quod nostrum. D. de reg. jur.* sed suum cuique tribuendum sit, ut est in præceptis juris: *§. pen. sup. de just. & jur.* nemini non manifesta est furti turpitudo & iniquitas, per quod scilicet illa distinctio dominiorum violetur ac perturbetur, & suum alicui detrahatur. Huc pertinet insignis locus Ciceronis *3. de offic.* quem adscribam: Atq; hoc multò magis exigit ipsa naturæ ratio, quæ est lex divina & humana: cui parere qui velit (omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere) nunquam committet, ut alienum appetat, & id quod alteri detraxerit sibi assumat. Detrahere autem alteri sui commodi causa, magis est contra naturã quàm mors, quam dolor, quàm cætera generis ejusdem, &c. Hinc illa Solonis lex: Quæ non posuisti, ne tollas. Nec obstat; quod apud quasdam gentes furta fuerint licita: ut apud Ægyptios *teste Diodoro Siculo lib. 1.* & Lacedæmonios, *teste Xenophonte, Gellio d. lib.11. c. ult. & Plutarcho in Laconicis*: Quo illud à Cicerone *in 4. de repub.* scriptum pertinet; ut Spartæ, rapere ubi pueri & clepere discunt. Primũ enim illud proverbiale respondemus: Non tàm spectandum est, quid Romæ factum sit, quàm quid fieri debeat. *l.12. §. d licet. D. de offic. præsid.* Deinde non statim mutatur Jus gentium, etiamsi quarundam gentium perversitas malique mores aliquando ab eo recesserint atque exorbitarint. Nam & sorores, imò & matres ducere eisq; misceri apud quasdã gentes licebat: *ut sup. docui ad tit. de napt.* Nec tamen ideò minus incestuosa est re ipsa talis cõjunctio. Satis est, si pleræq; & quidem

dem honestiorum gentium consensus & mos sit in contrarium. Furtum autem pro summo scelere ducebant Scythæ ἁμαξόβιοι. *teste Iustino lib. 2.* Quod autem Israëlitæ Ægyptios spoliarunt vasis aureis & argenteis, id cum Dei per missu ac mandato fecerint, singulare est, nec trahendum ad consequentias: *arg. l. 14. quod vero. D. de legib. De quo facto vide Augustinum: c. dixit Dominus. 14. q. 5.*

Et hæc de definitione furti: In qua si quæras, cur omissa sit particula: Invito domino, dicam, contineri eam sub verbis contrectatio fraudulenta. Nam ut *Sabinus ait apud Gell. d. loco:* Qui alienam rem attrectat, judicare debet, se id invito domino facere. Quid si ignoret, cuja res sit? Ignorantia hæc nihil ad furtum minuendum facit. *l. 43. falsus. §. qui alienum. D. de furt.* Debet enim scire, quod suum non est, hoc ad alium modis omnibus pertinere. *l. ult. C. unde vi.* Rectè igitur Demosthenes furi ad supplicium ducto seseque excusare volenti quòd nescivisset rem esse Demosthenis: Atqui tuam (inquit) non esse sciebas.

Ad 3. Furtorum a.

Definitioni subjicitur divisio furti, eaq; sumpta ex l. 12. tab. ut in partitionibus fieri solet. Furtum duplex est: Manifestum & nec manifestum. *ut hic & l. 2. D. de furt.* Manifestum est quando fur cum re furtiva deprehenditur antequàm eo loci rem pertulerit, quò destinaverat, id est, quo cogitabat eo die cum furto manere, nec interest sive à domino, sive ab alio, ut vicino aut quolibet transeunte deprehendatur: sive in publico sive in privato *ut hic & l. 3. 4. 5. 6. 34. & 35. D. de furt. Paul. lib. 2. sent. tit. 31.* Ex his igitur è contrario facilè intelligitur quid sit furtum nec manifestum *arg. §. 1. sup. de his qui sunt sui vel al. jur.* nimirum quando fur in faciendo quidem deprehensus non est, sed eum fecisse furtum negari non potest *d. l. 5. §. ult. l. nec manifestum. S. D. de furt. Paul. d. loco.* Fieri tamen potest ut quis ejusdem rei simul & manifestus & nec manifestus fur sit. Exemplum *in l. 21. vulgaris pr. vers. nam etsi. D. de furt.* Distinguit ergo manifestum à nec manifesto deprehensio in faciendo. Conspectus solus furis non facit eum manifestum. *l. 7. §. 1. D. de furt.* (quod tamē quidam putàrunt, & Servius ad Virg. *Eclog. 3.* Non ego te vidi, &c.) Et olim quidem diversæ erant horum furtorum pœnæ *§. pœna. inf. h. t.* Hodie tamen non amplius distinguitur inter furem manifestum & nec manifestum: ut testatur *Oldendorp. cl. 7. act. 3. Iod. Damhoud. prax. rerum crimin. c. 110. num. 50.* (hæc divisio, inquit, non magni est ponderis, &c.) Et hæc de prima furtorum divisione. Addit autem Imp. furtum conceptum & oblatum non tàm genera furtorum esse quàm species actionis furto cohærentes. Paulus tamen *d. lib. 2. tit. 31. & in frag. vet. IC. tit. 7. 4. numerat.* furtorum genera, & inter ea hæc quoque duo. Quibus addit Justinianus actionem prohibiti furti, & non exhibiti. Sed cum eæ species actionum unà cum ipsa veteri requisitione rei furtivæ ab usu communi recesserint & in desuetudinem abierint, nihil de iis attinet dicere. Qui antiquitatis cognitione delectatur, is explicationem petat ex ipso textu, & adhibeat Theoph. Hotom. Pithœum *1. advers. c. 2.* Quæritur hic, an possit aliquis adire judicem & petere, ut sibi liceat rem furtivam in alterius ædibus, quem suspectum habet, requirere. Mihi placet moderatio Pa-

norm.

norm. *in c. qui cum fure. num. 6. ext. de furt.* ut non temerè id concedatur, quia grave & periculoſum ſit ſecreta patrimonij alicujus pandi *l. 2. (ult.) C. de alim. pup. præſt. l. 2. C. Quand. & quibus quarta pars deb. lib. 10.* ſed eo tamen caſu ſi vehemens urgeat ſuſpicio. Et ita ferè Bart. & Bald. *ad l. requirendi. C. de ſerv. fug. vide & Bonif. de maleſ. tit. de furibus, latronibus & rob. num. 33. Ioh. Fab. hic.*

Notandum autem quod hîc ait Imp. omnes qui ſcientes rem furtivam ſuſceperint & celaverint, furti nec manifeſti obnoxios eſſe. Idem ait *l. 14. eos qui. C. de furt. & facit l. pen. C. ad l. Iul. de vi pub.* crimen non diſſimile eſt, rapere, & ei qui rapuit raptam rem ſcientem delictum ſervare. fac. Paulus *5. ſent. tit. 3. §. receptores.* Receptores non minus delinquunt quàm aggreſſores. *l. 3. §. 3. non tantum a. D. de incend. ruina. naufrag. &c.* & quæ ibi notavit Cujac. Aliud autem eſt celare furem, aliud non indicare. Nam celare nemo debet; indicare nemo cogitur *l. 48. qui vas. §. 1. D. de furt.* quamvis indicium quis accipere poſſit, ut furem domino indicet. *l. 4. §. ult. D. de cond. ob. turp. cauſ.* Judex tamen poteſt aliquem compellere ad indicandum furem, ut ſcribit *Bart. ad l. 5. civile C. de furt.* eumque ſequitur Panorm. *ad d. c. qui cum fure. ext. de furt. num. 5.* Porrò ratione temporis dividitur furtum in nocturnum & diurnum. Et furem nocturnum ll. 12. tab. quoquo modo permittebant impunè occidi, ut *& Plato 9. de ll.* Qui noctu furem ædes ſuas ingreſſum interemerit, mundus eſto. Diurnum non aliter, quàm ſi ſe telo defendat. *l. 4. §. 1. D ad l. Aquil. l. 9. D. ad l. Corn. de ſicar. l. 54. ſi pignore. §. 2. furem. D. de furt. c. 3. perfodiens ext de homicid.* volunt: vel caſuali. (ubi citatur Auguſtin. in Exod.) *Gell. d. lib. XI. c. ult. Cujac. 11. c. 27. 14. obſ. c. 15. & 19. c. 12. & ad l. 7. D. Quod metus cauſa.* Verba l. 12. tab. hæc refert Fulv. Urſin. Notis ad Ant. Auguſt. Qui nox fortem faxſit, teloque ſe prehendier prohibeſit, ſei im aliquips occiſit, joure cæſos eſtod. Aſt ſei louci fortum faxſit, neque telo ſe defendier prohibeſit, ſei leber fiet, Prætor im verberarier joubeto, eique quoi fortom faxſit addecito. Sei ſervos ſiet, Virgeis cæſos ex ſaxo deicitur. Sei improbos ſiet, prætoris arbitratu verberatos noxſiam ſarcito. Ut tamen fur vel nocturnus vel diurnus rectè occidatur, neceſſariæ quædam conditiones obſervandæ ſunt: de quibus *Damhoud. c. 78.*

Aliæ furtorum diviſiones videantur apud Damhouderium *d. c. 110.* ut quod furtum aliud ſit ſimplex: Idq; vel primum vel iteratum, id eſt, conſuetudinarium: vel tertiatum, i. e. famoſum: aliud compoſitum, i. e. aliquo additamẽto aut circumſtantia aggravatum. Item quod fur alius ſit improbus, ut fur ſimplex: alius improbior, ut effractor, expilator, ſaccularius, directarius, balnearius: alius improbiſſimus, ut graſſator, qui proximus eſt latroni, & in ſtratis viisque publicis, ſine hominis occiſione tamen furatur: alius plus quàm improbiſſimus, ut latro famoſus. Videantur & conſtitutiones Caroli V. *c. 157. & ſeqq.*

Ad §. furtum a. & §§. ſeqq.

Hæc ad definitionis explicationem pertinent: & quidem ad ea verba: contrectatio frauduloſa. Ait autem, furtum non tantum amotione ſive ablatione rei alienæ fieri, ſed etiam contrectatione invito domino facta: id eſt, quando res a-

Uuu pud

pud aliquem jam est, & quidem voluntate domini est, sed non eam causam est, in quam postea convertitur. Hoc declaratur tribus exemplis: 1. Creditoris pigneratitij. 2. depositarij. 3. commodatarij. Creditor habet pignus voluntate debitoris, sed non habet in eam causam, ut illo utatur, cum pignus ei datum sit quo magis ei in tuto sit creditum sive securitatis ejus causa. §. *Creditor ult. sup. Quib. mod. re contr. obl.* Si ergo creditor pignore utatur, absque expresso pacto ἀντιχρήσεως, furti tenetur. *l. 54. si pignore. in pr. D. de furt.* Dixi absq; expresso pacto ἀντιχρήσεως hoc enim non interveniente, creditor fructus in sortem imputare cogitur *l. 1. 2. & 3. C. de pignor. act.* Unde non videtur recipienda tacita aliqua Antichresis. Idem est si vendat, cum de vendendo nihil convenisset, aut antequam dies venditionis veniret. *l. 73. si is qui D. d. t. l. 4. in fi. D. de pig. act. de quo & sup. dixi ad §. Contra autem. Quib. alien. lic. vel non.* II. Eodem modo depositarius rem apud se depositam non aufert à domino, sed ab eo volente habet: at non habet usus sui, sed custodiæ causa. ut d. est *ad §. præterea. sup. Quibus mod. re contr. obl.* Si ergo contrectet & utatur invito domino, furti se obligat. *l. 29. si sacculum. D. depositi. l. 3. C. eod. l. 16. qui furtum. D. de cond. furt.* III. Commodatarius similiter rem accepit à domino volente & quidem ad usum sibi concessum: sed ad certum ac determinatum usum *l. 18. §. 3. ficut D. commod.* v. g. argentea vasa ad epulum instruendum: equum ut eo Noribergam proficiscatur. Si g. in aliam usum eam transferat, ut si vasa illa peregrè secum portet, si equum longius aut in bellum ducat, furtum facit. *ut hic. l. 40. qui jumenta. D. de furt. d. l. 16. qui furtum. D. de cond. furt. l. 5. §. 7. sed interdum. & § quin imò. l. 10. cum qui. in pr. l. 18. & l. ult. D. commod. Val. Max. lib 8. c. 2. Gell lib. 7. c. 15.* Aliud & IV. exemplum est *in l. 48. quamvis. §. 4. si ego l. 82. fullo & sarcinator. D. de furtis.* si fullo & sarcinator vestimentis, quæ polienda vel sarcienda accepit, usus sit: quia non in eam causam ab eo videntur accepta. Quia vero his casibus non ipsius rei furtum fit, sed usus, in pœna furti non ipsius rei, sed usus æstimatio duplabitur vel quadruplabitur. *gl. & Bart. in l. 40. qui jumenta. D. de furt. gl. & Dd. in l. 2. C. eod.* cum aliàs verum rei pretium dupletur vel quadrupletur *l. 50. in furti. D. de furt.*

Ad §. *Placuit.*

Limitatio quædam sive exceptio hæc est ad superiora. Qui aliena re utuntur, furti non tenentur, si existiment se non invito domino id facere. *ut hic. l. inter omnes 46. §. rectè & l. 76. qui re commodata. D. de furt.* Ratio, Quia hic abest dolus & affectus furandi, sine quo furtum non committitur ut supra. Quid ergo si quis putet, se invito domino rem contrectare: & tamen domino volente id faciat? Resp. hoc casu furtum quidem fit: non enim potest dominus sua voluntate impedire, quo minus fur sit is, qui furandi animum habet: verum tamen est eum furti non obligari. *ut hic §. sed et si credat. & d. l. 46. inter omnes. §. per contrarium. D. de furt.* Facit *l. quamvis D. de in jus voc.* ubi non incidit in pœnam edicti illius libertus. Ratio, Quia hoc casu nihil interest domini, cui volenti injuria non fit. Non tamen creditur simpliciter asserenti, se credidisse quod dominus

minus si scisset permissurus fuisset. (alioqui enim quilibet facile pœnam furti vitaret) sed conjecturis quibusdam & præsumptionibus hoc adjuvari oportet, ut summæ & arctissimæ conjunctionis ac necessitudinis. *Panorm. in rubrica ext. de furt. Bart. & alij ad d. §. recte.*

Ad vers. Unde illud quæsitum est.

Summa hîc refertur *l. 20. si quis servo. C. de furt.* quæ est una ex L. decisionibus Justiniani, quibus vett. JC. altercationes Imp. diremit. Quæstio hæc est, An teneatur actione furti, an servi corrupti, an vero utraque is, qui alienum servum sollicitavit, ut domino suo aliquid surriperet, & ad se perferret: cum is servus frugi esset, ac domino rem aperuisset, dominus autem concessisset servo, ut aliquid ad sollicitatorem perferret, dum id agebat, ut ipsum in delicto deprehenderet. Resp. Justinianus utraque actione ipsum teneri, & furti & servi corrupti. R. Dub. & Decid. facilè ex ipso textu & ex *l. 20. C. de furt.* intelliguntur. Notandus est igitur hic casus, quo etiam domino consentiente furtum fit: sed tamen non simpliciter cõsentiente, verum certo quodam consilio & fine. Quod autem hîc de servi sollicitatore constituitur, idem etiam ad filiosfam. Interpretes producunt, quòd nostra intersit etiam liberorum nostrorum animos non corrumpi. *arg. l. 14. ut tantum. §. 1. D. de serv. corrup.*

Ad §. Interdum etiam. & ad §. aliquando autem.

De rebus hîc agitur, in quibus furtum committatur: quæ & ipsa ad definitionis explicationem pertinere manifestum est. Primum ergo ait, Interdum etiam liberorum hominum furtum fieri, ut liberorum in potestate. Idem confirmat *l. 14. eum qui. §. 13. si filiumfam. & l. 38. mater. D. de furt.* Videbatur furtum in his committi non posse, I. Quòd furtum fiat earum rerum, quæ sunt in dominio & jure nostro. At liber homo in nullius est dominio. II. Quia liber homo non recipiat æstimationem. *l. 3. D. si quadrup. paup. l. 1. §. 5. sed cum homo & l. ult. D. de his qui effud. vel dejec.* Homo liber nullo pretio æstimatur. ait *Paul. 5. sent. tit. 1.* quomodo igitur pretium ejus, quod nullum est, duplari vel quadruplari poterit. Sed Resp. ad I. quidem dubitationem, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, sunt velut in dominio nostro: unde & vindicatio quædam pro illis nobis datur. *l. 1. §. 1. D. de rei vind.* Ad II Resp. æstimationem hîc fieri non liberi corporis, sed operarum, quibus pater per absentiam filijfam. caruit. *arg. l. proinde. & l. hoc apertius. D. ad l. Aquil.* Ita Dd. hîc contra Accurs. & Bart. *ad d. l. 14 si filiusfam.* Operæ autem etiam liberorum hominum pecuniariter æstimantur. *l. 6. de act. empt. l. 6. D. de operis.* ideoq; locari possunt. *Paulus. d. loco. & lib. 2. tit. 18.* Furti igitur actio hîc dabitur patri, non vero matri. *d. l. 14. & d l. 38. D de furt.* Mater enim liberos in potestate non habet. *§. fœminæ sup. de adopt.* neque matri operæ à liberis debentur, sicut patri. Condictio vero furtiva ne patri quidem datur. *d. l. 38. §. 1.* cum pater non sit verè dominus filij, sed eũ in potestate habeat. Ista a. cõdictio soli domino datur. *l. 1. D. de cõd. fur. d. l. 14. §. 16. qualis ergo. D. de furt.*

Aliàs verò liberi hominis suppressio dicitur plagium, quod non est delictum privatum, sed crimen publ. §. *est & inter. inf. de pub. jud.* Plurimum autem hæc 2. differunt, vt supra dictum.

Ad §. *Aliquando autem.*

Regulariter furtum est rei alienæ: ut sup. ex Pauli sententijs diximus. Et hinc toties in legibus dicitur, Invito & nolente domino. Sunt tamen aliquot casus, quibus etiã dominus rem suam furatur. In quibus tamen omnibus, si rem accuratius examines, non tam rei suæ furtum quis facit, quàm utilitatis & commodi sive juris, quod alter in illa re habet: ut pignoris, ususfr. retentionis, bonæ fidei possessionis I. Debitor creditori rem, quam ipsi pigneraverat, surripiens furtum facit *ut hic l.12. itaque fullo. §. ult. l. 19. in actione. §.5. pen. qui rem. & ult. l. 66. Si is qui rem. in pr. l. 79. Si debitori. D. de furt. Paul. d. lib. 2. tit. 31. §. rem pignori.* Creditori igitur furti actio competit re pignerata surrepta, non tantùm ab extraneo, sed etiam ab ipso debitore. §. Unde constat. *inf. h. t. d. l. 12. §. ult.* Nec verò recipit debitor id quod actione furti soluit. *l. 79. l. 87. D. de furt.* (hoc tamen discrimine, ut contra extraneum non solum creditotenus, sive in summam duntaxat pecuniæ debitæ, sed omnimodo in solidum, id est, in summam pignoris actio competat: Contra debitorem verò tantum creditotenus, id est, in summam pecuniæ debitæ & usurarum ejus *d. l. 87.*) Sic vice versa creditor si post solutionem non reddat pignus, furti tenetur si celandi & lucrandi animo retineat. *l. 52. si quis. §. 7. eum creditorem D. de furt.* At si rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare (furtum facere) sed pignori suo incumbere *l. 55. cum creditor. D. de furt.* Sed neque vim facit creditor, qui non reddita sibi pecunia ingrediendo possessionem exercet legem conventionis: quamvis melius faciat si auctoritate præsidis possessionem adipiscatur. *l. 3. C. de pign. & hypothec.* Sic proprietarius si rem suam, in qua ususfr. est alienus, usufructuario surripiat, furtum facit. *l. 15. Creditoris. §. 1. l. 20. cum æs. §. 1. D. de. furt.* Aliud exemplum est in eo, qui rem suam alteri commodatam commodatario subtrahit, cum is iustam retinendi causam haberet, puta ob impensas necessarias in eam rem factas, quas melius est per retentionem servare quàm ultrò commodati agere *l. 15. §. ult. l. 59. si is qui rem D. de furt.* Aliud exemplum est in domino, qui rem suam bonæ fidei possessori subtrahit *d. l. 20. cum æs. §. 1. l. 53. quæ injuria §. ult. D. de furt.* De quibus omnib. casib. & si qui sunt similes videatur etiã *l. 2. §. 22. in hac actione. D. vi bon. rapt.* De re communi an & quando in ea furtum ab uno è socijs committatur, vide *l. 45. si socius. D. de furt. l. 45. rei communis & l. 51. meritò. D. pro socio.*

Ad §. *Interdum quoque.*

De personis hîc igitur & primò quidem ijs, quæ furtum faciunt & furti actione conveniri possunt. Ait autem non tantum ipsum furem furti teneri, sed eum quoque cujus ope consilio furtum factum est. Placet autem mihi

quod

quod scribit Jac. Revard. *in lib. de auct. prud.* hanc actionem non ipsa l. *12.* tab. sed per interpretationem prudentum introductam esse. Ejusque mentionem facit & Cicero. *3. de N.D.* Inde illa actio: ope consilioque tuo furtum ajo factum esse, eademque actio & in injurijs locum habet. *l. 15. item apud. §. ait prætor. D. de injur. Paul. 5. sent.* 4. Et generaliter, quomodo & quando puniatur is, qui opem delinquenti tulit, diligenter explicat Jac. Menoch. *lib 2. de arbitr. judic. quæst. cent. 4. casu. 349.*

Quid sit opem ferre & consilium dare ad furtum faciendum explicatur hic, *ex l. 50. in furti. §. 1. ope consilio & §§. seqq. & 2. ll. seqq. D. de furt. l. 36. qui servo. d. t. & ex l. 53. sæpè. §. ult. D. de V.S.* Exemplum sunt: v.g. nummos aut aliud quid alicui de manu excutere, ut alius tolleret, ut *hîc & d. l. 52. si quis uxori. §. 13. si quis de manu. D. de furt.* Dixi, ut alius tolleret, nam si per lasciviam id faciat, nec ad aliquem pervenerint res, sed perierint, non furti, sed legis Aquiliæ tenetur. *l. 27. si servus. §. 21. si quis de manu. D. ad l. Aquiliam.* Item armenta aut greges alterius fugare, vel rubro panno vel alia re, ut pecora in fures inciderent, *ut hîc, & d. l. 50. in furti. §. ult.* Hîc quoque aliud est si per lasciviam talia fiant. Tum enim non datur actio furti, sed legis Aquiliæ, vel etiam in factum. *dd. locis.* Item, Scalas fenestris supponere, fenestras aut januam effringere, ferramenta aut scalas scientem commodare furi ad effringendum & ascendendum, *ut hic. & l. 54. si pignor. §. pen. D. de furt.* Item egenum pro locuplete & honesto debitorem alicui subijcere, ut cum eo pecuniam dividas *d. l. 52. §. 21. cum Titio. D. de furt.* Item persuadere fugam alieno servo, ut ab alio surripiatur. *l. 36. qui servo. in pr. D. de furt.*

His igitur casibus fit, ut duo unius furti nomine teneantur: fur ipse & is, qui ei opem tulit aut consilium dedit, nec unius solutione alter liberatur. Quisque enim sui delicti pœnam soluit. *l. 8. de jurisd. l. 55. tres tutores. §. 1. Sed si. D. de adm. tut.* Hoc enim generale est in pœnis, ut ab uno præstitum non relevet alium. *l. 11. item Mela. §. 2. sed si plures. D. ad l. Aquil.* Sed is qui opem fert furtum facienti nunquam manifestus est, sed semper nec manifestus. *l. 34. is qui opem. D. de furt. fac. l. ult. C de nox. act.* Quæro uter gravius delinquat, Is qui consilium dat, an is qui consilium exequitur. Vide Leodamantem apud Aristotelem 1. Rhetor. Observandum autem in hac formula [ope & consilio] copulativam orationem habere vim disjunctivæ. *d. l. 53. §. ult. de V.S.* Et ideo Paul. d. loco in sententijs, ita ait, etiam is cujus ope aut consilio furtum factum fuerit. Nam tametsi opem quis non tulerit sed consilium tantum dederit, si modo contrectatio secuta sit hac actione tenetur. Quanquam qui opem fert etiam consilium dedisse semper intelligitur. Alterum inquam satis est. Si vero furtum secutum non sit, non tenetur ex solo consilio. *d. l. 52. §. 19. neque verbo. D. de furt.* atque ita intellige hæc verba: certe non tenetur furti *in fine hujus. §.* (verba enim cum effectu accipienda sunt l. pen. §. docere. D. ne quis eum qui in jus vocatus est. Sic & alias plures tenentur furti, ut si trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent *l. 51. ita vulneratus in fin. D. ad L. Aquil.* Quia si neminem diceremus teneri delicta manerent impunita.) An autem furto à plu-

to à pluribus facto omnes in solidum teneantur, vide apud Antonin. Thessaurum *decis.* 254.

Ad §. Hi qui in parentum.

Filiusfam. patri, & servus domino furtum quidem facere potest, & res quam surripuit, fit furtiva, ideoque usucapi non potest, nisi vitium purgetur & & res in potestatem domini redeat, secundum ea, quæ supra dicta sunt *ad §. furtivæ. tit. de usucap.* Hi tamen furti actione non tenentur. Ratio est, quia lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus. *l.16. D. de furt. l.4. D. de judiciis. l.6. servus. C. eod. l.22. in personam & l.108. cum servis. D. de* R. I. R. Dub. cur filius patri furtum non videatur facere est *in l. 11. in suis. D. de liberis & post.* R. Decid. Quia verè dominus non est, &c. Et qui potest ipse in furem statuere, (ut possunt parentes & domini, qui sunt quasi magistratus quidam domestici teste, Seneca 2. de Beneficijs,) non necesse habet adversus furem litigare, ut eleganter *Ulp. l. 17. servi D. de furt.* Est enim permissa patri & domino modica coërcitio. *tit. C. de emend. serv. & propinq.* Idem est & si libertus vel cliens patrono, vel mercenarius ei, qui ipsum conduxit, nam & hîc furti actio non nascitur. *l. 98. si libertus. D. de furt. l. 11. perspiciendum. §. 1. D. de pœnis* (NB. ibi distinguitur inter furtum modicum) ubi talia furta vocantur domestica. Sic uxor si res marti subtrahat, non tenetur furti actione, sed rerum amotarum, nam propter honorem & pudorem matrimonij abstinere debet maritus ab actione famosa. *l. 36. qui servo. §. 1. & l 52. si quis uxori. D. de furt. l. ult. §. ult. C. eod. l. 1. & 2. D. de act. r. r. amot. l. pen. D. expil. hæredit.* Ratione tamen peculij castrensis, cum in eo filiusfam. pro patrefam. in omnibus habeatur *l. 2. D. ad SC. Maced.* & filio contra patrem & patri in filium actio datur, non quidem furti, sed in factum utilis. *d. l. 52. §. 5. Sed si filius meus. & §. seq. D. de furt. juncta l. 11. D. de do. ma.* Sic & exceptio in factum datur pro exceptione doli adversus parẽtes. *l. 4. § 16. adversus. D. de dol. mal. except.* Alij tamen, qui opem & consilium his personis tulerunt, actione furti tenentur *ut hîc. vers. si verò ope. d. l. 36. qui servo. §. 1. & d. l. 52. si quis uxori. in pr. D. de furt.* Ratio, quia & hi furtum fecerunt, *ut sup. d. §. interdum quoq;* & in illis cessat ratio superior; nihil inquam est, quod actionem furti impediat, utpote in extraneis. Nemini igitur mirum videri debet, quòd fur ipse furti non teneatur, & tamen is teneatur, qui opem & consilium ipsi accommodavit.

Ad §. pen. In summa.

Hic §. isto loco commodius explicatur. Adhuc enim pertinet ad illum locum quẽ nunc explicamus, de personis scil. quæ furtum faciant aut nõ faciant. Ait aũt Impuberem alienam rem surripiendo furti non obligari, nisi sit proximus pubertati, & doli injuriæque jam capax, ita ut intelligat se delinquere. Hoc enim sæpissimè scripsit Julianus, pupillos, qui prope pubertatem sunt, doli capaces esse. *l. 4. §. 26.* de *dolo autẽ. D. de do. ma.* Porrò de furto impuberis idem ait. *l. 23. impuberem. D. de furt. l. 111. pupillum. D. de R. I. l. 5. sed etsi. §. 2. & ideo. vers. Quod si impubes. Ad l. Aquil.* Ratio hîc in textu, quia furtum ex affectu furandi consistit, i.e. furtum sine dolo malo non committitur, ut sup. d. Ideoque olim impuberes, qui furtum fecissent, ex ll. 12. tab. verberantur arbitratu prætoris, & noxã sarcie-

sarciebant, ut est apud Gell. *d. lib. X I c. ult.* Unde nec hodie suspendi debet impubes, &c. Ergo nec, si ope ipsius furtum factum sit, tenetur. *d. l. 23. in fi.* cum nemo opem aut consilium alteri præstare possit, qui ipse furti faciendi consiliũ capere non potest. *l. 50. in furti. §. 2. rectè, & l. 90. fullo. §. ult.* D. *de furt.* Sic injuriã facere non potest pupillus, qui doli non est capax. *l. 3. §. 1. D. de injur. Paul. 5. Sent. tit. 4. §. furiosus.* Est autem hîc notandus L. C. An & quando ætas in delictis excuset à pœna: de quo tractatur à Ph. Decio & alijs *ad l. 109. ferè in omnibus. D. de R. I. Dd ad l. 37. auxilium. §. In delictis. D. de minoribus. l. 1. & 2. C. si adversus delictum. Vide & l. 1. §. 32. impubes & §. seq. l. 14. excipiuntur. D. de SC. Silaniano.*

Ad §. Furti autem actio.

Dictum est de personis, quæ furtum faciant, & contra quas proinde furti actio detur, aut non. Sequitur videre de ijs, quibus furtum fiat, & quibus actio ista detur. Est enim hic locus de personis duplex. Primum igitur tenenda est hæc regula: Furti actionem habere eum, cujus interest ex honesta causa rem salvam esse, id est, subreptam non esse, non perire. Quæ regula & hîc traditur, & passim inculcatur à JC. *ut l. 10. Cujus, & 2 ll. seqq. l. 14. eum qui. §. 10. an pater. l. 71. si is cui. §. 1. l. 78. rem. l. 90 fullo. D. de furt. l. ult. in pr C. eod.* Potest autem interesse non tantum domini, sed etiam aliorum, qui domini non sunt. Unde fit, ut sæpè duobus aut pluribus furti actio competat. Et in eo differt actio furti à condictione furtiva, quòd hæc soli domino datur: *ut & supr. de & sequet. ad §. ult. infr.* Quod si domini non intersit, non datur ei furti actio, *ut hîc vers. Itaq; nec domino. l. 80. si vendidero. §. 1. D. de furt.* Exempla eorum, qui cum non sint domini tamen eorum interest rem non perire, hîc afferuntur 4. 1. in creditore, cui pignus est surreptum. 2. in fullone & sarcinatore, cui vestes locatæ ablatæ sunt. 3. in bonæ fidei emptore. 4. in commodatario, cui res commodata est erepta. Creditoris interest pignus esse ipsi salvũ, primò quia consultius ipsi est rei incumbere quàm in personam agere. *l. 25. plus Cautionis. D. de* R. I. Deinde quia tenetur debitori actione pigneratitia, quoties pign⁹ ipsius culpa perit. Potest g. Creditor de pignore surrepto furti agere, non solum contra extraneum, sed & contra ipsum debitorem sive dominum, *ut & sup. d ad §. aliquando a.*

Ad §. Item si fullo.

Sic fullonis & sarcinatoris interest, vestimenta, quæ certa mercede acceperunt polienda sarciendave, esse salva, tenentur enim domino vestimentorum actione locati, cum custodiam præstare debuerint. (NB. quod ait Imp. certa mercede constituta, nam si sine mercede, est negotiũ innominatum; facio ut des, &c. Ut supr. d.) Sed hîc distinguimus, an soluendo sint fullo & sarcinator, an non sint soluendo. Soluendo esse dicitur is qui qui totum solvere potest. *l. 114. D. de V. S.* Priore casu, si sint soluendo, ipsis datur actio furti, non autem domino, quia domini nihil interest, cui per actionem locati satis est prospectum. Posteriore casu, si non sint soluendo, vel non in totum, Jam quia domini interesse incipit, qui suũ ab ipsis consequi non potest, ipsi domino furti actio datur. *ut hîc vers. fulloni v. & l. 12. D de furt.* Huc pertinet quod dicitur, Inanis est actio, quam debitoris inopia excludit. *l. 6. nam is. D. de do. ma*

(Is

(Is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarij inanis actio est) Qui non habet quod perdat ejus periculo nihil est. Quomodo Sallustius ait: Egestas facilè sine damno habetur, & Germani nostri: Ein Armer Man kan nicht verderben / etc.

III. Bonæ fidei emptor si res empta & tradita ipsi surripiatur, furti actionem habet omnino, id est, sive soluendo sit, sive non sit soluendo. Quis sit bonæ fidei emptor, explicatur *in l. 109. D. de V. S. & dixi ad §. si quis à non domino supr. de rerum divis.* Manifestum autem est quantum ejus intersit rem non surripi, cum pretium rei ipsi absit. Cæterùm rem non tantum emptam, sed & traditam fuisse oportet: nam ante traditionem emptor adeò non habet furti actionem si res surripiatur, ut etiam ipse si eam surripiat, venditori furti teneatur. *l. 14. eum qui. §. 1. D. de furt.* Sed hîc etiam ipsi domino rei furti actio datur. *l. 74. furtivam. D. de furt.* Domino ad duplum ejus, quanti res fuerit: bonæ fidei emptori ad duplũ sui interesse.

IV. Si commodatario res, quam utendam accepit, ab extraneo sit surrepta, quæritur utri detur actio furti, an domino qui utendum dedit, an commodatario. Dixi, si ab extraneo sit surrepta. Nam quid juris sit, si ipse dominus surripuerit supra diximus *ad §. aliq. autem ex l. 15. §. ult. & l. 59. si is qui rem. D. de furt.* In hac quæstione veteres Jurisconsulti similiter distinguebant, ut in fullone & sarcinatore: an videlicet solvendo esset commodatarius, necne. Et priore quidem casu commodatario actionem furti dabant, posteriore vero domino. Sed Justinianus constituit, ut domini sit electio, utrum malit cum commodatario commodati, an cum fure furti agere: Ita tamen, ut uno electo non possit deinde variare, & ex pœnitentia ad alterum venire: nisi fortè ignorârit furtum, atque ita commodati egerit. Tunc enim re melius comperta variare ei licet, & ad actioem furti transire.

Nam qui jus suum ignorat, non videtur ei renuntiare. Et facti alieni probabilis est ignorantia. Quotiescunque. g. dominus commodati cum commodatario sciens furtum egerit, fur à domino quidem liberatur, sed non liberatur à commodatario. Ei enim jam furti tenetur. Hæc summa est verbosæ constitutionis Justiniani *in l. ult. C. de furt.* cujus tamen & alia quædam sunt capita, &c. Et hæc de 4. illis exemplis, quæ sunt in textu. Plures quibus actio furti datur, vide apud Olend. *Claß. 7. act. 3.* Ex his igitur apparet quod initio dicebatur, ei actionem furti dari, cujus intersit ex honesta causa rem non surripi: Cujus non intersit, ei non dari. Exemplum est in ipso domino, cujus interdum non interest, puta si per actionem aliam ei sit consultum, qua suum consequatur, ut vidimus *in §. item si fullo supr. h. t.*

Ad §. Sed is apud quem.

Aliud exemplum hîc sequitur in depositario. Huic enim si res apud eum deposita surripiatur, actio furti non ipsi datur, sed domino, *ut hîc & l. 14. §. 3. Is autem apud quem. D. de furt.* ac ne tum quidem depositario datur furti actio, etiamsi ipsius intersit rem retinere propter impensas in eam factas. Modestinus *in lib.*

in lib. Lex Dei tit. X. Ratio est, quia depositarij nihil interest, rem non esse surreptam, non enim potest eo nomine depositi conveniri. Ipse enim tantum de dolo tenetur, ut dixi *ad §. præterea. sup. Quibus mod. re contr. obl.* Quid ergo si dolus & fraus ipsius intervenerit? ℞. tum periculum quidem ipsius est, sed non debet ex dolo & improbitate sua furti quærere actionem. Nam sup. d. est, oportere ut alicujus intersit ex honesta causa. *d. l. 14. & l. 12. §. 1. D. de furt.* Hinc fit, ut regulariter fur non habeat actionem furti, etiamsi ipsius intersit rem saluam esse. *l. 76. qui re. §. 1. D. de furt.* Est tamen casus, quo etiam fur furti agere possit ut *l. 12. § pen. l. 48. qui vas. § 4. si ego. D. de furt. Paulus lib. 2. Sent. tit. 31. §. rem pignori. Vide Cujac. lib. obs.* Interdum autem etiamsi intersit alicujus, & quidem ex honesta causa intersit, rem saluam esse, tamen furti actio ei non datur *l. 85 Is cujus interest.* Exempla sunt *in l. 13. is cui. l. 49. interdum. & l. 53. §. qui alienu. D. de furt.*

Ad §. Pœna.

Pœna furti neque apud alias gentes, neque apud Rom. semper eadem fuit. Nam ut de Moysis, Draconis & Solonis Legib. hîc nihil dicamus (de quibus vide *Exod. 22. Gell. d. lib. XI. c. ult*) apud Rom. *alia fuit pœna furum ex l. 12. tab.* alia ex jure prætorio, alia ex moribus, alia ex Nov. 134. § *fin.* alia ex Const. Friderici in *§. ult. de pace tenenda & ejus violatoribus*, alia deniq; ex constitutionibus imperij. De quibus vide cùm alios tum *Oldendorp. d. loco & Alex. ab Alex lib. 6. c. 10.*

Nos breviter tantum q. Indice historico rem perstringemus. 1. igitur ex 12. tabulis distinguebatur furtum in manifestum à nec manifesto: nocturnum à diurno: distinguebantur etiam personæ furum: an liber, an servus, an impubes esset qui furtum fecisset: *ut apud Gell. lib. 11. cap. 18.* aliosque videre licet.

Et nocturnum quidem furem etiam privata auctoritate impunè licebat occidere: diurnum ita demum, si se telo defenderet, quò minus prehenderetur *ut & sup. d.* Liber homo prætoris jussu verberatus addicebatur ei, cui furtum fecisset. Servus virgis cæsus è Saxo Tarpejo præcipitabatur: Impubes prætoris arbitratu verberatus noxiam sarciebat. *l. 13. §. pen. D. de his qui not. infa. l. 11. de his. C. de furt.* Prætor deinde asperitatem pœnæ furti manifesti ex 12. tab. mitigavit, & ex capitali fecit pecuniariam, quadrupli scilicet, perinde ut nec manifesti pœna pecuniaria est, dupli scilicet. Et hinc actio furti manifesti dicitur ex prætoris Jurisdictione proficisci. *in pr. tit. infr. de perp. & temp. act.* Actio autem furti nec manifesti semper mansit civilis, id est, ex Legib. 12. tab. Qua de vide Ant. Cont. *lib. 1. subsec. lect. c. 2.* ubi contra Baronis præceptoris sui & Balduini sententiam accurate disputat. Discrimen quoque sustulit prætor inter servos & liberos homines. Unde hîc ait Imp. tàm ex servi quàm ex liberi persona. Quamvis aliàs ex ijsdem facinorib. severius servi quam liberi puniantur *l. 16. aut facta §. 3. persona & l. 28. capitalium. D. de pœn.* (Sic aliter viles quam honestiores puniuntur. Et. Q. An in pœnis locum habeat justitia distributiva.) Dices, At unde soluet servus duplum aut quadruplum, qui bona nulla habet? Resp. Dominus pro eo soluet, aut eum noxæ dedet. *§. 1. infr. de nox. act.* Ratio cur gravius

 punia-

puniatur furtum manifestum, videatur *apud Wes. in parat. D. tit. de furt. n. 14.* Interdum tamen Judex furem nec manifestum non in duplum sed in quadruplum condemnare potest: Quo casu quæsitum est: An impositio pœnæ gravioris existimationem Reo illæsam conservet. Sed hoc negat Ulp. *in l. 13. quid ergo § poen. D. de his qui not. infam.* III. Moribus tandem obtinuit, ut furti plerumque criminaliter ageretur. *teste Ulp. l. ult. D. de furt.* Ubi scribitur, furem deductum esse ad præfectum Vigilum vel ad præsidem, & in corpore esse punitum. Sic Ascon. in divinat. Cic. testatur fures apud Triumviros capitales ad Columnâ Meniam puniri solere (ibi habebant 8. lictores quos Plautus validos virgatores appellat) Vide Hotom. *ill. quæst 26.* Distingui etiam solitum fuisse inter furtum modicum & magnum, ita ut hoc solum capitale fuerit, illud non item, colligo *ex l. 3. §. 2. idem rescripsit. D. de bon. eorum qui ante sent. & aliquid d. est sup. da hi. §. qui parentum.* Sciendum est aût etiam ex alijs maleficijs tàm criminaliter quàm civiliter agi posse. *l. ult. D. de privat. del.*

Civiliter. git is, qui pecuniariter agit, sive qui pœnam pecuniariam sibi applicandam petit. Criminaliter agit, qui petit reum extra ordinem ad publ. vind. puniri, idque vel in pecunia, sed fisco applicanda, vel in corpore. Cum civiliter agitur non requiritur subscriptio in crimen: cum criminaliter, omnino requiritur. *dd. ll.* (sicut crimen objiciatur, præcedere debet in crimen subscriptio, ne quis temerè in alieni capitis discrimen irruat, nisi se idem prius pœnæ sponsione vinciret, ut ait Symmach. *Epist. lib. 10.*) ne facilè quis prosiliat ad accusationem, cum sciat, inultam sibi accusationem non futuram. *l. 7. D. de accusation. l. pen. & ult. C. eod. c. 3. quuquis. 2. q. 8. Cujac. 1. obs. 20.*

Eò quoque perventum est moribus, credo ob frequentiam hujus delicti, ut membrum aliquod furi abscinderetur: sicut de Longobardis scribitur, apud eos primum furtum puniri exclusione oculi: secundum præcisione nasi: (credo ut facilius ab omnibus agnoscerentur) tertium suspendio. *Bonifac. de maleficijs lib. 1. & lib. 3. Damhauderius in praxi rer. criminal.* IV. Sed Justinianus tales pœnas furibus infligi vetuit *Nov. 134. §. ult.* Unde sumpta est auth. *Sed novo jure. C. de serv. fugit.* V. Imp. Fridericus I. vel secundum Hottom. III. *in §. si quis quinque solidos tit. 27. de pace ten. & eius violatoribus lib. 2. feud. Constituit, ut si quis V. solidos aut plus fuerit furatus, laqueo suspendatur: sin minus, scopis & forpice excorietur & tundatur, (id est fustigetur)* Sed plerique eam constitutionē non de simplicibus furibus intelligendam putant, verùm de ijs, qui simul pacē violant. secundum rubricam. Sed quidquid sit, sive ex illa constitutione Friderici, sive aliunde, notissima consuetudo totius orbis suspendit fures furca, ut ait Zas. *in §. ex maleficijs. nu. 3. infr. de act.*

Eamque consuetudinem constitutione sua Carolus V. approbavit, certa tamen moderatione & cautione adhibita, quam ibi videre licet. Etsi autem contra hanc pœnam multa disputari possunt (*Ias. ad d. §. ex malef. Dd. ad l. omnes populi. D. de just. & jure*) utpote nimis gravem, quòd nulla inter vitam hominis & pecunias ac bona sit proportio, & quòd juri gentium potius conveniat, ut qui in pe-

in pecunia & bonis nos læsit, etiam in pecunia seu bonis multetur, secundum Theoph. *tit. de iu. nat. gent. & civili. §. 1. & initio tit. de perpet. & temp. act.* Defendi tamen posse videtur *ex l. 16. aut facta. §. ult. D. de pœn.* Grassantibus quippe delictis exasperandæ sunt pœnæ. Sic Paulus *5. sent. tit. 3. §. pen.* Nonnunquam pro frequentia admissorum judicantis sententia temperatur. (Nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quoties nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit) Plerunque tamen fit hoc, quod Cato scripsit *in Orat. de præda milit. divid. apud Gell.* Ut fures privatorum furtorum in nervo & compedibus ætatem degant, fures publici in auro atque in purpura. Et sunt hîc quoque leges telis aranearum similes, in quibus adhærescunt muscæ, crabrones perrumpunt & avolant Oldendorp. *pag. 1091.* Quò pertinet quod Democrates, cum furem ab XI. Viris abduci vidisset, Miser (inquit) cur tantillum furatus es, & non potius magna, Ita tu quoque alios abducere potuisses. Stobæus. A pœna excusat necessitas famis *c. 3. si quis & ibi Panormit. extra de furt.* Quia tum omnia sunt communia: Quod tamen periculosum est dicere. Quæri hic poteit de poëna Tabellarij, qui pecuniam ad alium perferendam reddendamque in suos usus convertit: an indistinctè is furtum faciat, & qua poëna sit afficiendus. Hac de re *Vide Daniel Moller lib. 4. semestr. cap. 2. & Resp. Altorfin.* C I I I. ubi ex facto consulti respondimus.

Ad §. ult.

De furto plures actiones dantur, idque odio furum *§. sic itaque vers. plane inf. de act. l. 7. si pro fure. §. 1. D. de cond. furt.* (sicut favore legatariorum plures actiones ipsis dantur) Civilis actio tamen etiam hodie locum habere potest. Nimirum actio furti: quæ est in personam & pænalis. 2. Coodictio furtiva, quæ item in personam est, sed rei persecutoria. 3. Rei vindicatio, quæ est in rem. Datur etiam actio ad exhibendum, quæ est preparatoria rei vindicationis *l. gemma. D. ad exhib. l. in rem actio. Dig. de Rei Vindicat.* Ut jam nihil dicam de actione criminali, de qua supra. Harum actionum quæ sit differentia hîc ostenditur. I. enim actio furti tàm manifesti in quadruplum quàm nec manifesti in duplum merè pœnalis est: seu pœnæ tantum causa comparata est. [Et quadruplum & duplum totum est pœna.] Idem dicitur *§. ex maleficijs. vers. pœnam tantum infr. de act.* Reliquæ vero actiones (ut rei vind. cond. furt.) sunt rei persecutoriæ, sive ad rei recuperationem pertinent. *l. 54. si pignore. §. 3. cum furti. D. de furt.* Hinc sequitur actionem furti non consumi re per vindicationem vel per condictionem recepta: nec vice versa rei vindicationem & condictionem tolli, cum per actionem furti pœnam quis consecutus sit. *d. l. 54. §. 3. & d. l. 7. §. 1. D. de cond. furt.*

(NB. Diff. actio vi bonorum raptorum est mixta. *infr. init. tit. seq. vers quadruplum a.*) II. differentia harum actionum est, quod condictio furtiva & rei vindicatio dantur domino rei furtivæ, *ut hic in verb. habet dominus l. 1. D. de*

cond. furt. l. 23. in rem. D. de rei vind. §. 1. infr. de act. actio furti datur ei, cujus interest rem non esse surreptam, etiamsi is non sit dominus, *ut supr. d. ad § furti autem h. t.* III. Differunt, quod rei vindicatio non nisi contra eum datur qui possidet, sive is fur sit ipse, sive alius. Cōdictio furtiva datur adversus furem ipsum, ejusve hæredem, etiamsi non possideat. Actio furti contra furem datur. Ex quo & alia sequitur differentia. IV. quod actio furti non datur adversus hæredem furis. Nunquam enim pœnales actiones ex maleficijs in hæredem competunt. *§. 1. non autem. infr de perp. & temp act l. 111 pupillum. §. 1. D. de R. I.* Sed condictio furtiva cum sit rei per secutoria nec infamet, etiam in hæredem datur. Putat D. Hotom. *Partit. jur. civil. in 2. actionum divisione*, condictionem furtivam esse prætoriam. Sed ei non assentior. Est enim civilis, sicut & reliquæ condictiones, ut rectè Oldendorp. *Class. 7. act.* 4. Sunt & aliæ differentiæ: ut quod furti actio est famosa. *l. 63. non poterit. D. de furt. l. 1. §. 5. qui furti. l. 4. §. ult. D. de his qui not. infam. §. Ex quibusdam. infr. de pœn. temerè litigant. l. 7. infamem. D de publ jud.* Et quidem quocunque genere furti condemnatus quis sit. *Paul. lib. 2. Sent. tit. 31. §. Furti.* reliquæ non sunt famosæ. *l. 36. cessat. D. de O. & A.* Non solùm autem furti condemnatus notatur infamia, sed etiam pactus, sive qui transegit ne furti secum ageretur. *dd. ll.* intelligitur enim confiteri crimen *l. 5. D. de his qui not. infam.* Hic notanda Phrasis, pro fure damnum decidere, quod nihil aliud est quàm pacisci seu transigere de furto. Et decisio significat pactionem seu transactionem *l. 7. si pro fure. D. de cond furt. l. 42. in fi. l. 46 inter omnes. §. 5. usque adeò. D. de furt. l. 13. post decisionem. C. eod. Cujac. 10. obs. c. 11.* Et hæc pactio est ex l. 12. tab. *arg l. 7. §. 14. si paciscar. D. de pact.* Et quidem ipso jure tollit furti actionem. *l. 17. si tibi ext. §. 1. D. d. t.*

Sed non tollit infamiam. Et in eo quoque differt actio furti à cond. furt. quòd illâ pact sublato hæc tamen manet. *l. 7. D. de cond. furt.* Postremò notandum, Non prodesse furi ad evitandam pœnam furti, etiamsi mutato consilio eam restituat extra judicium. Nemo enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desint. *l 65. qui ea mente. D. de furt. l. pen. D. vi bon. rapt. l. 17. quid sit fugitivus. §. 1. D. de ædilt. ed.* Unde Seneca *4. controvers. 4.* Tam teneris quàm qui surripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit.

AD TIT. II. DE VI BONORUM RAPTORUM.

ALtera species delicti est vis seu rapina: quæ ideo proximè subijcitur furto & *hic & in lib.* 47. *D.* Quia & vis est furtum quoddam: & raptor fur improbior q. prouerbio dictus est à Iuliano. *l. 2. §. 2. Cæterum. D. vi bon. rapt. l. 14. §. 12. qui vim. D. Quod metus causa.* Et Ammianus Marcellinus extremo lib. 15. ex nescio quo Comico refert hunc Trochaicum versum: Arte despecta furtorum rapiens propalam.

Ideo

Ideoque qui rem alienam rapuit non solum hac propria actione, quæ vi bonorum rapt. dicitur, sed etiam furti tenetur, nec manifesti scilicet, in duplũ: cum actio vi bon.rapt. fit in triplum, vel si rem ipsam quoque unà complectaris in quadruplum, *ut hic & inf.in fi.tit.& l.1.l.2.§.pen.D.eod.* Qui concursus harum actionum quomodo sit temperandus, docet Paulus *in d.l.1.& l.88. si quis egerit. D. de furt.* Sed ei quod diximus ex *l.1. D. h. tit.* raptorem teneri etiam furti nec manifesti, obstare videtur *l.80. si vendidero.§.3.cum raptor.D de furt.* Ubi dicitur raptor manifestus fur existimandus esse. Resp. Id intelligendum de eo casu, cum in furto deprehenditur. Quæ responsio confirmatur *per l.52.si quis uxori §.ult.D.de furt.* Concurrunt cum actione vi bonorum rapt. etiam aliæ: *de quibus inf.h.t.* Tria vero hic de ista actione afferuntur: I. de auctore ejus ait, esse à Prætore introductum. Quæret aliquis cur prætor hanc actionem introduxerit, cum videatur non necessaria, sed superflua, & aliæ sufficere possint contra raptorem. Resp. Id odio improbitatis factum, ut innotesceret prætorem curam gerere improbitatis reprimendæ *arg.l.3.§ 1.D.naut.caup.* Est igitur Prætoria hęc actio, cum furti nec manifesti sit civilis, sicut olim etiam manifesti civilis ex 12. tab. fuerat, priusquam à prætore pœna ejus esset mutata in pecuniam, *ut sup. tit. præced. d.* Cumque Prætoria sit, hinc sequitur II. ad annum tantum dari. Nam prætoriæ actiones ultra annum dari non solent, cum ipsum prætoris imperium tantum fuerit annuum. *l.35.in honorarus.D. de O. & A.* & dicetur *inf. ad tit.de perpet.& temp.act.* III. Post annum dari illam quidem, sed tantum in simplum, id est, ad ipsius rei raptæ restitutionem. Tum enim desinit esse pœnalis, & incipit tantum esse rei persecutoria. *ut hic. & l.4. prætor ait, in pr. §.8. sed & hoc.D.vi bon.rapt* Quomodo etiam actio quod metus causa nisi res extorta restituatur ab eo qui metum fecit, intra annum in quadruplum, post annum in simplum causa cognita datur. *l.14.item si.§.1.D.Quod met.caus.* Et actio ex edicto contra publicanos intra annum in duplum datur; post annum in simplum. *l.1.D. de publican.& vectigal.* Excipiuntur res Judæorum à Christianis raptæ. *l. Christianus.C.de pagan* hic enim semper dupli pœna etiam post annum locum habet. IV. Additur, hanc actionem utilem esse, (id est, competere) etiam de una re, eaque vel minima ut & Donell. exponit *ad l.10.num.4.C. de pactis.* Movebat dubitationem, quod hæc actio dicitur vi bonorum raptorum, numero inquam multitudinis, & bonorum appellatio non res singulas, sed universitatem quandam significat. *l.208.bonorum.D.de V.S.* Sed ut liberorum appellatione etiam unus continetur, *l.148.non est sine. D. de V.S.*

Ita & bonorum appellatione unica res hic venit. Ita in eodem hoc edicto homines coacti dicuntur, etiamsi unus homo coactus sit *l. 2. §. 5. neq. additur D. h.t.* Sic & furti actio datur ob rem parvam, ut gallinam, anserem, columbam & ovum, &c. *§.gallinarum. sup. de rerum divis. & ibi interpretes.* V. Explicatur, quomodo quadruplum in hac actione intelligendum sit. Ait autem aliter hic quàm in actione furti manifesti accipiendum esse. Illic enim quadruplum totum erat pœna, extra q... ...et adhuc salva rei persecutio. *§.ult sup tit.præced.* Hic vero qu...uplum ... ...ur in se etiam rem ipsam: & pœna tantum est

tripli. Et hinc est, quod actio vi bonorum rapt. mixta esse dicitur. *§. sequens. vers. vi autem. inf. de action.* Quomodo & actione ex ed. de publican. duplum continet rem ipsam. *l. 5. §. 1. D. de publi.* Sed hic in difficultatem quandam non parvam incidimus. Quæri enim potest non immeritò, cum gravius delictum sit vis & rapina quam simplex furtum, & raptor sit fur improbior, quî fiat quod levius tamen puniatur. Potest enim hoc absurdum videri: cum graviori delicto etiam gravior pœna proposita esse debeat. Cur ergo pœna furis manifesti est quadrupli, & pœna raptoris est tantum tripli? Dicendum puto, hoc ideo ita fieri, quia raptor pluribus actionibus imò & publicis judiciis tenetur, V. G. tenetur lege Julia de vi, de qua inf. dicetur. *tit. ult. l. 2. §. 1. D. h. t.* Tenetur etiam interdicto unde vi, per quod possessionem rei spoliatæ statim & ante omnia restituere debet. *§. recuperandæ. inf. de interd. Can. redintegranda. c. 3. q. 1. tot. tit. ext. de restit. spoliat.* Denique etiam constitutionibus principum punitur violentia: *ut l. 7. si quis in tantam. C. unde vi. l. 6. quoniam. & l. 7. C. ad l. Iul. de vi pub. l. 13. extat. D. Quod metus causa:* fur non item. In pœna. g. civili mitius cum eo prætor agere voluit, ejusq; pœnam inter furtum manifestum & nec manifestum mediam collocare. Deinde in hac actione vi bonorum raptorum pœna semper est tripli, sive raptor in ipso delicto deprehensus sit, sive non, *ut hic.* At in furti actione pœna ferè est dupli: fur enim clàm studet furari, & celat delictum suum *l. 2. §. 24. si in re deposita. D. h. t.* Quod si deprehendatur, id non ipsius fit proposito & intentione, sed ex accidente. Notandum hîc est, duplex esse edictum hoc. Altera enim pars in *l. 4. D. d. t.* agit de damno in turba dato: cujus pœna intra annũ est dupli, hanc partem hîc Imp. omisit.

Ad §. Quia tamen competit.

Hac actione is demum tenetur, qui dolum malum adhibuit, nam doli mali mentio in hoc edicto à prætore facta etiam vim in se habet. *l. 2. §. 8. doli mali. & §. 17. hac actio. D. h. t.* In omni autem delicto dolus requiritur: *ut sup. d. tit. preced.* Impubes igitur qui doli capax non est, sicut furtum non facit. *§. impuberem. sup. tit. prox.* ita nec vi bonorum rapt. actio in ipsum dabitur. *l. 2. §. 19. vi bonorum D. h. t.* Deinde si quis dolo careat, sed putet sibi licere rem suam per vim à possessore auferre, vi quidẽ bonorum raptorum non tenebitur, vel ut hîc ait. Imp. absolvi debet: sed aliter tamen multabitur: ut ait Ulp. *d. l. 2. §. 17. hac actio. D. h. t.* Multatur autem ex constitutionibus principum, ita, ut dominus quidem rapiens rem suam ab alio per vim, dominium ejus amittat: sin raptor dominus non sit, non modò rei possessionem restituere cogitur per interdictum unde vi, sed etiam æstimationem rei vim passo dare: & si ipsi res debita fuerit, jus crediti amittit. Hæc habentur in *d. l. 7. si quis in tantam. C. unde vi. & l. 13. extat. D. Quod met. caus.* Et repetuntur *inf. de interd. §. recuperandæ. vers. sed ex constitutionibus.* Ratio harum constitutionum est, Quia non est singulis concedendum quod potest pub. per magistratum fieri, ne occasio detur tumultibus, ut habet regula juris *l. 176. non est sing. D. R. I.* Et ideo actiones repertæ sunt, quibus quisque in judicio persequeretur quod sibi debetur: nemo autem sibi ipsi jus dicere debet.

tit.

tit.C.Ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat.Cic.pro Cæcin. Ait Imp. has pœnas violentiæ ex constitutionibus principum locum habere, non tantum in rebus mobilibus, quarum ut furtum est, ita & rapina in illis committi potest: verum etiam in rebus soli sive in immobilibus, quarum non est rapina,(rapi enim & auferri non possunt) sed invasio. *ut hic. & l 5. invasor locorum. l. 9. si quando & l.10.non ab re.C.unde vi.* Voluerunt enim Impp. omnem omninò prohibere violentiam, sub cujus uno nomine multa facinora continentur, & per quam sæpè cædes fiunt & vulnera. *l.6.quoniam.C.ad L. Iul.de vi pub.*

Ad §. Sanè ult.

Quemadmodum furti actio non soli domino datur, sed cuilibet, cujus ex honesta causa interest. §. *furti autem actio. sup. tit.1.* Ita & hæc vi bonorum raptorum datur non modò ei, cujus in bonis res est, id est, domino, sed etiam non domino si modò ex bonis ipsius res sit, id est, dummodò aliquid juris in re habeat, propter quod ipsius intersit rem non rapi. Idem ait *l.2.§.22. in hac actione.D h.t.* Tales sunt, bonæ fidei possessor, usufructuarius, conductor, creditor pignoratitius, commodatarius, interdum & depositarius, qui culpam quoque se præstaturum promisit, cum regulariter de dolo tantum teneatur. De quibus omnibus satis diximus *tit.praced.* quæ hîc repetenda sunt. Tantùm hic observetur formula illa Esse in bonis, & Esse ex bonis, sumpta ex Ulp.in *d.l.2.§.in hac actione.* In bonis esse idem hic significat quod esse in dominio seu in patrimonio, sicut & *inf.d.§.recuperandæ.tit.de interd.& l.12.§.sed & si res.D.de furt.* Ubi res pignori data negatur esse in bonis creditoris. Nam pignoris dominus manet debitor *l.35.§.1.D.de pignorat.act.* Et ita hic quidem significat phrasis Esse in bonis. Aliâs vero latissimè, ut comprehendat etiam alteram, quæ est Esse ex bonis, *ut l.1.D.de usufr.leg.l.1.§.hac actio.D.si is qui.test.liber.l 49. bonorum D. de V.S.* Videatur & *l.52.D.de acq. rer.dom.*

Erat olim & alia significatio hujus formulæ, qua res in bonis haberi dicebatur, quæ naturaliter tantùm tradita erat: non autem civiliter acquisita, id est, neque mancipata, neque in jure cessa, neque usucapta, Et opponebatur ei habere rem jure Quiritium. Ulp. *in frag.tit.1.§.qui tantum in bonis.* Sed de hac veteri distinctione dominij dixi sup. *tit.1.* Quid si quis non sit dominus rei raptæ, sed tantum ex bonis ipsius res sit, id est, ipsius intersit, ad quid actio ista dabitur? Respondet Imp. non ad id, ut dominium accipiat, sed tantum id, quod ex ipsius substantia ablatum sit, id est, quanti ipsius interest, id triplicabitur, dominium non accipit, quia nec ab initio id habuit, & quia injuria fieret vero & legitimo domino, sine cujus facto non potest ad alium res transferri, *arg.l. 11. D.de R.I.* Quid juris sit de hæredibus, an & illis & contra illos hæc actio detur, *vide l. 2. §. ult. D. h.tit.*

AD

AD TIT. III. DE LEGE AQUILIA.

Tertia delicti species est damnum injuria datum, quod per actionem Legis Aquiliæ vindicatur. Damnum Paulus dictum esse vult ab ademptione & quasi diminutione patrimonij *l.3.D.de dam.inf.* Alij rectiùs, ut videtur, à græco ζημία vel ζαμία Doricè. Unde δαμία fit. Agimus autem hîc de damno jam facto: nam de damno infecto, quod futurum veremur, non est hic locus, sed sufficit cautio damni infecti, de qua sup. diximus *ad §. pratoria. de divis. stip.* Est autem damnum quodvis detrimentum & jactura rei familiaris. Additur autem damnum injuria, vel injuriæ. Non enim sufficit damnum esse datum, sed oportet injuria, id esse factum sine ullo jure. *§. injuria a. inf. h. t. l. 3. & passim D. eod.* Injuriam hîc accipio non pro contumelia quadam, ut inf. tit.prox. (ubi plura de varia hujus verbi significatione dicendum erit) sed pro eo quod non jure sive contra jus datum est, etiamsi culpa tantum sine dolo malo quid acciderit. *l.8.§.1. D.h.t.* Imo etiam levissimam culpam hîc significat, quæ scilicet in faciendo sive committendo consistit *l.44.D.h.t.*

De damno autem injuria dato non solum ll.12.tab. sed & aliis legibus compluribus cautum fuit. Quibus omnibus L. Aquilia derogavit. *l. 1. D. h. t.* Lata verò est ab Aquilio Trib. pleb.ideoq; propriè loquendo plebiscitum est *d.l. 1.§. 1.D.h.t.arg.§. Lex est.vers plebiscitum.sup.de jur.nat.gent.& civ.* Falluntur igitur qui putant autorem hujus Legis esse Aquilium Gallum, qui temporibus Ciceronis Prætor fuit, vir magnæ auctoritatis, & scientiâ juris civilis excellens, ut de eo scribit Val. Max. *lib.8.tit.de privatis judiciis:* quique stipulationem Aquilianam excogitavit, de qua diximus supra *tit.ult.lib.3.* & qui formulam instituendi postumos invenit, de qua in *l.Gallus 29.D.de lib.& posth.* Et denique formulam de dolo malo *teste Cicerone 3.de offic.* Multo autem antiquior est hæc lex, utpote cujus etiam veteres JCti ante Ciceronem meminerunt, *arg. l.31. & l. 39. D. h.t.* Nominatur quidem hæc L.etiam apud Ciceronem in Bruto, sed ibi viri docti hoc delendum censent & absolutè legendum: Multam lege petere, id est, judicio publico. Quicquid sit, hoc certum est de hac actione, eam esse civilem, in quo differt à superiore actione, quæ erat prætoria.

Ad init. tit. Damni. & §. 1. Quod autem.

Porrò hujus L. tria commemorantur capita, quorum secundum in desuetudinem abiit, *ut hic. & §. caput secundum. inf. h.t. & §. capite tertio. inf. juncta l.2. & l. 27.§. hujus legis. & §. seq. D. eod.* Ubi & verba ipsa hujus l. referuntur. Quidam etiam 4. addunt, quod sit de inficiatione *d.l.2.§. 1. & l. 23. §. pen. D. h.t. §.ult.sup.de obl.quæ q.ex contr.* Videamus ordine de singulis capitibus. Primi igitur sententiam tantum refert Imp. verba ipsa sunt in *d.l.2.* Ait autem. Alienum hominem, id est, servum servámve, alienum alienámve. *d.l.2.* Sic sæpè homo in jure specialiter pro servo sumitur, præsertim si addatur alienus. Nam liber

ber homo nullius est. §. *idem juris sup. de inut. stip.* Aut si cujus est, Reipublicæ est, *l.13. D. h. t. l. 1. §. & generaliter. D de vent. in poss. mitt.* Igitur liberi hominis cædes ad hanc L. Aquiliam non pertinet, sed ad L. Corneliam de sicariis, ex qua publicum est judicium. §. *item lege Cornelia inf. de pub. jud.* Quanquam & de servo occiso ex L. Cornelia quis accusari potest, si nimirum dolo occiderit. §. *Liberum a. inf. h. t.* Et liber homo si vulneretur, actionem habet L. Aquiliæ de sumptibus saltem utilem *d. l. 13. & dicetur inf. latius.* Cum autem lex loquatur de homine alieno, quæri potest, Quid juris sit, si quis ipse suum servum occiderit? Et is hanc actioné non habet. Contra quem enim aget, cum is qui ipse sibi damnú dederit, non videatur damnum sentire, sed sibi imputare debeat, ut est in regula juris *l. 203. D. de R. I. & l. 4. in pr. D. h. t.* Non tamen impune feret dominus qui sine justa causa servum suum occiderit. Qua de re dixi sup. *ad tit de his qui sui vel al. jur. §. sed hoc tempore.* Servis subjicit Lex Aquilia quadrupedes pecudes, & ut apparet, servis eas exæquat *l. 2. §. 1. D. h. t.* Quomodo & Aristoteles *lib. 1. Politic.* ait ex veteri proverbio, Pauperibus bovem esse instar servi. Non auté simpliciter loquitur de quavis quadrupede, ut in actione si quadrupes paup. fec. dic. sed differentiæ causa addit quadrupedé pecudem. Pecudes autem sunt quæ gregatim habentur & pascuntur, ut sunt oves, capræ, boves, equi, muli, asini, sues etiam, *teste Homero odyss. 13.* Excluduntur igitur his verbis feræ bestiæ, ut ursi, leones, pantheræ, tygrides: & ex animalibus mansuetis ea quæ non pascuntur gregatim, ut sunt canes *d. l. 2. D. h. t.*

Ad §. 2. Injuria autem.

Quia hoc delictum dicitur damnum injuria seu injuriæ, intelligere nos oportet quid significet verbum Injuriæ, cujus cum sint plures notiones, una hujus loci propria est, qua nimirum injuria dicitur fieri quicquid non jure seu contrarius factum est, ex quo alteri damnum datum, etiamsi non dolo, sed culpa tátum, & per imperitiam aut infirmitatem factum est, ut inf. in exemplis patebit. Sic injuria pro damno accipitur *in l. 75. D. de R. I.* Nemo potest consilium suum mutare in alterius injuriam: id est, in detrimentum, ut rectè interpretatur Pontif. *c. 33. de R. I. in 6.* Etsi igitur in omnibus delictis damnum datur, tamen in reliquis dolus oportet interveniat, ut in furto, rapina, injuria: hîc sufficit culpa, eaque etiam levissima. Unde huic delicto peculiare nomen datum est ex nomine generis. Hinc sequitur I. hoc delictum non committi ab iis, in quos injuria seu culpa non cadit: eosq; hac actione non teneri, ut est furiosus, infans, quadrupes. Item res inanimatæ, ut tegula. *l. 5. §. 2. & ideo quærimus. D. h. t. l. 1. § ait Prætor. D. si quadr. paup. fec. dic.* II. Hinc sequitur, actionem hanc non dari, ubi occisus quidem est servus alienus, sed jure cæsus est. Nam si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero, cum adversus periculum naturalis ratio permittat se defendere. Et quod quisq; ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimetur *l. 3. D. de just. & ju. l. 4. D. h. t.* Nam vim vi defendere omnes ll. omniaque jura permittunt, si aliter se tueri & periculum effugere ne-

 queat.

queat. *l.45.§. qui cum aliter. D.h.t.l.1.§. vim vi. D. de vi & vi arm. Cicero pro Milone.* Quæritur hîc an fugere debeat qui ab alio invaditur? Id putant aliqui; argumento ejus quod hîc dicitur, utique si aliter periculum effugere non potest. Excipiunt tamen milites, quibus ajunt turpe esse fugere. Alii rectius, ut videtur, existimant, neminem cogi fugere, non tàm quòd turpe sit fugere, quàm quia periculum non tàm effugitur, quàm potius augetur fugiendo, cum in fuga facilius quis vulneretur à tergo. Et aliud est fugere, aliud effugere periculum. Quid si quis non sui, sed alterius defendendi gratia aliquem occidat? Et hanc quoque cædem excusatam esse volunt *Dd. ad d. l.3 D. de just. & jure. Gomesius lib. 3. Resolut. cap. de homicid. num.5.* Mihi tamen periculosum hoc videtur dicere, cũ culpa sit immiscere rei ad se non pertinenti. *l.36. D. de R. I.* Ob defensionem verò rerum suarum facta cædes, item honoris, excusationem non meretur, nisi cum vitæ periculo conjuncta fuerit. *Covarruvius in c. periculum parte 3. Relect. §.1. num 6. Zoan. tract. de homicid. par.1. num.40. & seqq.* Sic jure cæditur fur nocturnus omnimodo. Diurnus verò, si telo se defendat. Si tamen utroque casu cum clamore hoc testificetur. *l.4.§.1. D.h.t.* Qua de re diximus *sup. ad tit. 1. hujus libri.* Sic non tenebitur L. Aquilia, qui servum alienum in adulterio deprehensum occiderit, *l.30. in pr. D.h.t.* Hæc enim omnia cum fiant jure ac lege permittente, extra pœnam esse debent, *l.4. C. ad l. Iul. de adult. l.13. D. de concub.* Et juris persecutio non habet injuriam, ut vulgo dicitur. Sic si quis magna vi cogente & justo metu alteri damnum intulit, v.g. si vicini ædes interciderit, ne incendiũ ad se perveniret, cessat L. Aquilia. *l.49. si quis fumo. §.1. D. h.t.*

Ad §.3. Ac ne is quidem.

Quemadmodum cessat actio L. Aquiliæ, si damnum jure datum sit: ita etiam cessat in damnis casu datis, v.g. Si telum manu fugerit & alienum servum occiderit, sed hoc intelligendum est, nisi culpa casum præcesserit. Nam si ejus aliqua culpa etiam levissima argui possit, in pœnam hujus l. incidit. Æquè enim ex culpa atque ex dolo hac lege quis tenetur, *ut hic in vers. Nam alioquin.* Ubi notanda est hysterologia JC. usitata, cujus exempla multa notavit Cujac. *lib.3. obs. cap.5. in fi. & in comm. ad l.7.§. pactorum. D. de pact.*

Ad §.4. Itaque si quis.

Exemplis aliquot declarat quod dixerat, Casum, quo sine culpa damnum datum sit, esse extra pœnam L. Aquiliæ, quibus deinde etiam alia adduntur. I. est in exercitatione & usu jaculorum, quo servus alienus forte transiens trajicitur & occiditur. Hîc distinctio duplex adhibenda est, tàm respectu loci quàm respectu personæ. Nam aut miles est qui se exercet illo lusu, aut est paganus. Et paganus quidem indistinctè est in culpa, ubicunque jaculis luserit. Debuit enim abstinere ab hoc exercitio, quod militibus tantum convenit. In milite subdistinguimus. Aut enim in loco consueto, sive in campo talibus exercitiis destinato

nato

nato jaculatur: aut in alio loco insolito. Et hoc casu ne miles quidem culpa vacat, videatur *& l.9.§.ult.cum l.seq.D h.t.* Eadem distinctione utimur, si in foveam, quam ursorum aut luporum capiendorum causa fodisti, aut in laqueos ad id dispositos, servus vel quadrupes alterius inciderit, factane sit fossa ubi fieri solita est, aut ubi laquei poni solent: An verò minus *l.28.& l.seq.in pr.D.h.t.* Sic si in publico certamine, quod gloriæ & virtutis causa institutum est, ut in colluctatione vel in pancratio, vel in pugilatu pugil alterum occiderit, cessat L. Aquilia. *l.7.§.4.si quis in colluctatione.D.h.t.* Hodie tamen moribus nostris etiamsi pœna homicidij pugil talis non afficiatur, ferè tamen vel relegatur, vel arte sua ipsi interdicitur, vel ad tempus, vel in perpetuum.

Ad §. 5. Item si putator.

Alterum exemplum est in putatore præcidente ramum de arbore cujus casu homo forte præteriens occisus aut læsus sit. Idem habetur *in l.31.D.h.t.* Ubi additur etiam machinarius. Hi quoque interdum culpa carent, & proinde Aquilia non tenentur. Interdum culpæ rei sunt & Aquilia tenentur. Nam si secundum viam sive publicam sive privatam, qua tamen vulgo iter fit, dejecerint, neque proclamaverint, aut fune extenso, aut alio signo prætereuntes admonuerint, culpæ rei sunt. Et si quis tunc non præcaverit, ipse de se queri debet. Eodem modo culpa caret, si eo loci, qua nullum est iter, dejiciat, etiamsi non proclamâret. Sibi enim imputet qui ibi ambulavit ubi jus ipsi non erat ambulandi. Putator autem divinare non potuit an per eum locum aliquis esset transiturus. Quod si prætereuntem viderit & tamen in eum immiserit, de dolo tenetur. *d.l.13.*

Ad §. 6. Præterea. & §.7. Imperitia.

Tertium est in Medico, qui servum occidit: vel per imperitiam illum secando: aut medicamentum perperam dando, vel ejus curationem deserendo. Id sumptum est ex *l.7.§ ult.& l.8.D.h.t.* Ubi & actio locati contra hunc medicum datur. Huc pertinet obstetrix, quæ medicamentum mulieri dedit, ex quo mulier mortua est *l.9. in pr.D. eod.*

Etsi enim *Non est in medico semper curetur ut æger*
Interdum docta plus valet arte malum.

Ideoque medico non debet imputari eventus mortalitatis: tamen quod per imperitiam commisit, imputari ei debet. Nec prætextu humanæ fragilitatis innoxium esse debet delictum decipientis in periculo homines, ut eleganter Ulp. *in l.6.§.sicuti.D. offic.præsid.* Nam & imperitia culpæ annumeratur. *l.132. D.de R.I.* Debet enim quisque ejus artis peritus esse quam profitetur *l.9.§.Celsus.D.locati.* Nec quisquam affectare debet id, in quo vel intelligit vel intelligere debet infirmitatem suam alij periculosam futuram *d. l.8.§.1.D.h.t.* Unde & advocato imputari debet, si clientis sui causam vel deserverit vel malè agendo perdiderit, *Angelus hic & Alciat.ad L.prævaricatores. D. de V.S.*

generale est in omnibus actionibus pœnalibus ex maleficio, ut dicetur *infr. ad §.1.de perpet. & temp.act.* Etsi autem talis sit æstimatio, quanti plurimi res fuerit anno proximo, tamen pretium ejus fieri debet quanti communiter valuit, & non ex adfectione & utilitate ejus qui damnum passus est. V. G. Quod filius meus aut frater naturalis fuerit servus qui occisus est, ideoque magno eum emptum vellet. Nam pretia rerum non ex affectione aut utilitate singulorum, sed communiter funguntur, ut Sextus Pædius ajebat *l.53. D. h. t. l. 63. D. ad l. Falcid.*

Ad §. 10. Illud non ex.

Non solùm corporis perempti æstimatio facienda est, sed etiam omnia commoda quæ intra annum preciosiorem facerent servum, ad ejus æstimationẽ accedent. Quicquid item damni eo corpore perempto præterea nobis illatum fuit, *ut hîc & l. 21.§.ult.l.23.§.in summa.D.h.t.* Amisisse enim dicimur non solùm quod erogare cogimur, sed etiam quod consequi potuimus.*l.33.in pr.D.h.t* Hæc regula, quæ non ex ipsis verbis legis, sed ex interpretatione JC. circa L. Aquiliam nata est, declaratur hîc duobus aut etiam tribus exemplis, & multo pluribus *in d. l.21.& 2. seqq.* Item *in l. 37.D.eod.*

Ad §. 11. Liberum autem.

Agitur hîc de concursu judicij privati ex l. Aquilia cum judicio publico, sive crimine capitali ex l.Cornelia. Non tamen ex l. Cornelia semper agi pòtest, sed ita demum, si dolo servus occisus sit, idque hîc supplendum est *ex l.23. §. si dolo. D.h.t.* Idem dicitur *in l.3. C.eod.* Per l. Aquiliæ verò actionem non fit præjudicium l. Corneliæ *d. l.23.§.si dolo 9. & l.unic. C. quando civ. act.crim. praejud.* Hîc obiter observetur, esse & alias actiones, quæ cum illa concurrant. Unã jam supra diximus, Actionem videlicet Locati *ex l.7.§.ult. D.h.t.* Item concurrit sæpè actio injuriarum *l.5.§.1.vers.& ideo & l.41.D.h.t.l.34. D. de Oblig. & act.* Et quidem has duas actiones etiam in uno libello cumulari sive proponi posse in Camera Imperij receptum est, ut testatur. *Mynſ. cent.1.obſ.25.And. Geil.lib.1.obſ. cap.63.* Præterea concurrit cum Aquilia etiam actio furti vi bonorum raptorum, item arborum furtim cæsarum. *l. 2.§ 1.& 2.D de pub.jud.l.1.D arb.furt. caſ. l.1.D.vi bon.rapt.l.32.& l.34.D.de obl.& act.Cujac.lib.8.obſer.cap.24. Hotom. illuſt. quaſt.39.* Concurrit etiam hæc actio cum alijs rei persecutorijs ut Depositi,*l.42. D.h.t.§.ult.l.7.§.1.D.item commodati, pignoratitia d.l.34.§.ult.l.7.§.1.D.Commodati. Et dixi sup.ad tit.Quib.mod.re Contrah.obl.*

Ad §. 12. Caput secundum.

Alterum l. Aquiliæ Capitulum adeò ab usu recessit jam tum Ulpiani tempore *l.27.§.hujus legis D.h.t.* ut etiam quid eo comprehensum fuerit ignoremus; Cujac. putat in parat. id egisse de quavis utilitate interversa: alij aliud conjiciunt. Causa vero cur hoc cap. in desuetudinem abierit, est, quia de eo satis Cautum esset alijs legibus.

Ad §. 13. Capite tertio.

Tertij capitis summam seu argumentum Imp. hîc refert; Sed verba ipsa Vlpianus *in l. 27. §. tertio autem capite. D. h. t.* Quorum in lectione ipsæ facilè unicuique se offerent hujus capitis à primo differentiæ, quas tamen hîc annotabimus. Prima differentia est gemina. In primo capite tantum agitur de servo & quadrupede pecude, ijsque occisis. Tertium verò est de servo & pecude vulneratis. Item de quadrupede, quæ non sit pecudum numero, ut fera vel cane & alijs quibuslibet animalibus, ut avibus, piscibus, non tàm occisis quam vulneratis, & denique de quibuslibet rebus inanimatis, ut vino, oleo, frumento, arbusto, segete, villa, insula, supellectili, &c. fractis, ustis, ruptis.

Secunda differentia est in æstimatione, quæ in primo quidem capite fit, quanti plurimi servus vel pecus toto anno retrorsum computato fuerit: in tertio capite, quanti plurimi res in 30. diebus proximis, sive in proximo mense fuerint. *§. illud palam. vers. ex hoc. & §. seq. infr.* Ait autem lex in hoc capite. Cæterarum rerum, id est, quod ad cæteras res attinet. Sic enim exponit rectè Hotom. *lib. 4. obs. cap. 2.* & exemplis Terentij & Ciceronis hanc formulam veterem illustrat. Observavi & ego simile exemplum apud Symmachum *lib. 1. Epist. 9.* Tunc nostrates viri, qui inter se aliarum rerum sæpè dissentiunt, concordem sententiam super hujus laude tenuerunt. Sic apud Ciceronem in Bruto legendum censeo *pag. 570.* Tum ille, Cæterarum rerum, inquit, istuc & doleo & dolendum puto, ubi vulgo legitur. Cæterarum rerum causa. Sed verbum causa perperam interjectum videtur ab imperito homine, qui veterem illam elegantiam non capiebat. Porrò ait lex usserit, Fregerit, Ruperit. His verbis quælibet damna & detrimenta significantur, quibus res quoquomodo perimitur & deterioratur, quod infinitis modis fieri potest & pluribus exemplis in D. declaratur. Etsi autem satis erat dixisse Rupit, cum Rupti appellatio generalis in omnes casus sufficere potuerit, & omne id significet quod quoquo modo corruptum est, sive ustum sit, sive fractum, sive effusum, sive collisum atque attritum sive spurcatum & inquinatum, tamen non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, ut Vlp. ex Celso refert *d. l. 27. §. inquit lex. & §§. seqq.* Ad cædes tamen Rupti verbum non rectè produci Hotom. contendit d. loco. Ideoque verba quædam legis emendare conatur, sed contra omnium librorum autoritatem.

Observandum est autem, Interdum simul & ex 3. capite & ex 1. agi posse, ut si primò de servo vulnerato actum sit, qui postea ex eodem vulnere mortuus, adhuc etiam de occiso agi potest, ita tamen ne plus ex utraq; actione consequatur, quàm consequeretur, si ab initio de occiso homine egisset *l. 46. & l. seq. D. h. t.* Dixi, si ex vulnere mortuus sit. Nam si vulnus non fuerit letale, sed negligentia perierit, de vulnerato tantum & non de occiso actio erit *l. 30. §. ult. D. h. t.* An autem vulnus mortiferum fuerit necne standum est judicio Medicorum & Chirurgorum. *Menoch. casu. 275. in Arbitr. Iudic.*

Ad

Ad §. 14. Illud palam est & §. 15. At nec plurimi.

Audivimus supra differentias duas inter primum & tertium caput l. Aquiliæ. Sequuntur duo, in quibus conveniunt. Primum enim in utroque capite, ut actioni locus sit, dolo aut culpa damnum datum esse oportuit. Idem ait *l. 30. §. in hac quoque actione. D. h. t.* Deinde sicuti in primo capite æstimatio fit Quanti plurimi: ita etiam in tertio perinde æstimatio habenda est. Etsi enim particula Plurimi expresse in eo repetita non est: tamen pro repetita censeri debet *l. 29. §. ult. D. h. t. & hic.* Ubi ex Sabini interpretatione hoc receptum esse Imp. ait.

Ad §. ult. Cæterum placuit.

Actio legis Aquiliæ duplex est. Directa & utilis, quibus addenda est & tertia, Actio scilicet in factum Prætoria, quamquam etiam prætoriæ actiones utiles esse solent, *ut hic & l. 7. §. proinde. & §. Celsus. l. 9. in pr. & §. si quis hominem. l. 11. §. item cum eo & § sed si servus. l. 27. §. si fumum. & aliquot seqq. l. 29. & l. 49. ac passim. D. h. t.*

Directam actionem cave hic accipias pro ea, quæ opponitur actioni contrariæ: ut ex commodato, ex pignore, ex deposito, ex mandato, &c. duplex nascitur actio, directa seu principalis & contraria, quod exposuimus *supr. lib. 3.* Non ita inquam hic. Sed directa est, quæ ipso jure, sive ex ipsa lege ejusq; verbis competit seu datur. Ei opponitur actio utilis, inde dicta, quòd utilitatis & æquitatis causa detur, etiamsi ex ipsis verbis legis strictè acceptis non daretur. Exempli gratia, legis Aquiliæ verba tàm in tertio quàm in primo capite loquuntur de damno quod quis corpori seu in corpus & suo corpore fecerit aut dederit, ut occidendo, urendo, frangendo, rumpendo, præcipitando, &c. Ergo his tantum casibus Directa actio datur. Potest autem fieri, ut quis corpori quidem damnum det, sed non corpore, quod fit includendo alienum servum vel alienam pecudem, quò fame pereat, item persuadendo alterius servo, ut in arborem ascendat, ex qua decidens læsus aut etiam mortuus fuerit. Lex autem ipsa de hoc casu non loquitur.

Directa igitur actio eo nomine dari nequit. Quia tamen verum est hic quoque damnum datum esse, tametsi non corpore: idq; iniquum esset manere impunitum, inventa est actio utilis, quæ & in factum dicitur, per quam quis petat damnum istud sibi sarciri, quod directa actione obtinere non potuit. Deinde lex Aquilia actionem dat domino *l. 11. §. legis autem. D. h. t.* Bonæ fidei possessori igitur & fructuario & usuario, quia hi domini non sunt, directa legis Aquiliæ actio non datur. Quia tamen æquum est hos quoque de damno quo affecti sunt aliquam habere actionem, idcircò eis utilis actio datur. *d. l. 11. § sed servus & §. ult. D. h. t.* Præterea lex Aquilia loquitur de re alterius corrupta & perdita. Si quis igitur vinum alterius aut frumentum non corruperit, sed consumpserit, directa l. Aquiliæ actio dari non potest: utilis vero danda est. *l. 30. § si quis alienum. D h. t.* Dices, hoc casu furti actio datur, Respondeo, Intelligendum est vinum consumptum esse sine affectu furandi, sine dolo malo.

Hoc

Hoc amplius quoque fieri potest, ut neque corpore damnum quis dederit, neque corpori sive in corpus, & tamen damnum dederit. v. g. Si quis alienum servum, cum is ob delictum suum à domino vinctus esset, misericordia quadam, sed intempestiva soluerit, ut aufugeret, *ut hîc in fi. & d. l. 7. §. Item Labeo. D. de dol. mal.* Hîc quia neque directa actio competere potest, neque etiam utilis propterea quæ diximus, & tamen hoc damnum sarciri æquum est: cum non debeat alteri per alterum iniqua conditio quoquo pacto inferri: prætor hîc more suo jus civile supplevit, & actionem in factum ad exemplum utilis actionis accommodavit. Unde hanc actionem Dd. vocant subsidiariam, secuti Accurs. *in §. ult. infr. de interdictis.*

Observandum est hîc aliter quàm in secundo casu usurpari actionem in factum. Ibi enim actio in factum est ex jure civili & ex interpretatione prudentum circa l. Aquiliam. Hîc autem est ex jure prætorio. Quæret aliquis, quid intersit hac an illa actione agas, directâ an verò utili: an denique in factum prætoriâ. Olim plurimum intererat propter formulas actionum & libellos diversos. Hodie non tantum interest, posteaquam solennes illæ formulæ sublatæ sunt. *tit. C. de form. & impetr. act. subl.* Unde dicitur *in l. 47. actio D. de negot. gest.* non tàm à Paulo (ejus enim ætati ista non conveniunt) quàm ab interpolatore Triboniano: Eandem esse vim ac potestatem actionis utilis atque directæ. Postremò observandum, si servus damnum dederit, contra dominum ipsius dari actionem l. Aquiliæ noxalem. *l. 37. §. Servi autem. D. h. t.* Neque hic solum si unus servus, verùm etiam sit tota familia damnum dederit *l. 32. D. d. t.* Quemadmodum si familia furtum fecerit, de quo est *tit. in D. Si familia furtum fecisse dicetur.*

Etiam qui occasionem præstat damnum fecisse videtur, *l. 30. qui occidit §. pen. D. h. t.* Et occidisse dicitur vulgò quidem qui mortis causam quolibet modo præbuit. Sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi & q. manu causam mortis præbuisset, *l. 51. ita vulneratus in pr. D. h. t.*

AD TIT. IV. DE INJURIIS.

Quarta delicti privati species est Injuria, quæ à prioribus tribus in eo differt, quòd hæc ad meram vindictam & honorem existimationemque pertineat: cum illa omnia spectent ad rem familiarem, & in actionibus inde natis hoc agatur, ut damnum rei familiaris sarciatur. *l. 7. §. 1. & l. 15. §. si quis servo. D. h. t. l. 2. §. emancipatus. D. de collat. bon.* Hinc sequitur I. Ut facilius tollatur injuriarum actio quàm cæteræ, de quo infra dicemus *in §. ult. h. t. ex l. 11. §. 1. D. h. t.* II. Ut ex superioribus delictis actiones dentur hæredi etiam, Injuriarum actio non item, *l. 13. in pr. l. 15. §. injuriarum. D. h. t.* III. Ut illæ actiones etiam antequam litem contestemur in bonis nostris computentur, id est, simus tanto ditiores, hæc non item. *l. 28. D. h. t.* IV. Ut hæc actio sit annalis. *l. 5. C. h. t.* Sed ordinem textus nostri sequamur.

Ad init. tit. Generaliter.

Et primum de vocabulo Injuria videamus, de quo & Vlp. more suo ante omnia explicandum duxit *in l. 1. in pr. D. h. t. arg. l. 1. D. de reb. cred.* Quemadmodum igitur jus pluribus modis dicitur, ut est *in l. pen. & ult. D. de just. & jure.* Ita & opposita ipsi injuria. Quod & aliâs sæpè fit in jure propter inopiam vocabulorum, *l. 5. D. de præscr. Verbis.* Ut idem nomen plura habeat significata, ut nunc latius ac generalius usurpetur, nunc strictè & specialiter V. G. Adoptio, Cognatio, Contractus, &c.

Primum in genere Injuria dicitur esse id, quod non jure factum est, sive à Magistratu sive à privato: sive in bonis, sive in honore nostro. Secundò in specie Injuria est I. idem quod contumelia, quæ à contemnendo dicta est. Quanquam inter injuriam & contumeliam distinguat Pacuvius apud Nonium Marcellum: Facilè patior injuriam, si est vacua à contumelia. Injuriam videtur vocare damnum pecuniarium, quod intelligi vult multò levius esse quàm contumeliam. At Seneca contra *in lib. 2.* Quod in sapientem non cadat injuria. *cap. 4.* Dividamus, inquit, injuriam à contumelia. Prior illa natura gravior est; hæc levior. Sed hoc discrimen JC. non agnoscunt ac ne Plautus quidem, cujus hæc sunt in Asinaria: Tu contumeliam alteri facias, tibi non dicatur. Salvianus noster etiam conjunxit utrumque vocabulum: contumeliæ injuriam perferre, inquiens *lib. p. 49.*

II. Specialis significatio injuriæ est pro Culpa, *ut supr. tit. praced.*

III. Pro iniquitate, sive iniqua sententia Judicis aut Prætoris, *ut hic, & d. l. 1. in pr. D. eod. Paul. in libello de legib. divinis cum Rom. ju. civili collatis tit. 2.* Sed tamen prætor etiam cùm iniquè discernit tamen jus reddere dicitur, relatione scilicet facta non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod Prætorem facere conveniebat, ut ait *l. pen. verf. prator. D. de just. & ju.* Vid. etiam *l. 13. §. idem Labeos. & seq. D. h. t.* Quomodo autem consulatur injustè condemnato, explicatur *infr. ad pr. tit. seq.* Græca verba quæ hîc commemorantur, quomodo inter se differant, accuratissimè explicat Aristoteles *lib. 5. Ethic. cap. 8.*

Definiri potest Injuria, quòd sit delictum, quo fama, honor, dignitas & existimatio alterius læditur per contumeliam. Cicero eumq; secutus Hotom. in partit. Jur. sic definit. Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat. Quæ definitio est ex partibus seu speciebus collecta.

Ad §. 1. injuria autem.

Dividitur autem Injuria, quòd aut verbis fiat: aut re. Re fit injuria, quoties manus alicui inferuntur, ut si quis pulsatus, aut verberatus, aut cæsus sit. Et hæc injuria infertur in corpus, quamvis simul etiam ad honoris læsionem pertineat. Verbis fit injuria, cum alicui vel præsenti vel absenti ad domum ipsi⁹ vel stationem vel tabernam convitium vel maledictum ingeritur, *ut hic & l. 1. §. 1. D. h. t.*

Verberare & pulsare quomodo differant docet JC. *in l. 5. §. 1. D. h. t.* Quam differentiam exagitat Valla *lib 6. Elegant. cap. 47.* Sed defendit Alciatus *lib. 4. de V. S.* Maledictum & convitium ita differunt, ut maledictum sit vocabulum generis, de omni eo, quod alterius infamandi causâ datum sit sive à pluribus sive ab uno. Est & tertia species Injuriæ, quæ fit scripto seu libello & Carmine famoso, de qua est altera pars *tit. D. de injur. & famos. libel. & tit. C. de famos. libel.* Quæ species tametsi sub injuria verbali, ut vocant, comprehendi posse videtur, teste Geil. *lib. 2. obs. cap.* 104. tamen melius videtur, si eam distinguamus ut peculiarem speciem constituat, quemadmodum etiam literarum obligatio à verborum obligatione separatur. *sup lib. 3.* Exempla injuriæ Realis (Liceat enim nobis ita loqui cum Interpp.) sunt, pulsare aliquem pugno, verberare fuste, cædere, vi introire in alienam domum, non debitorem appellare tanquam debitorem, Possidere alicujus bona tanquam debitoris, cum non sit debitor, & pignus quasi ab illo acceptum proscribere, quod tamen non acceperis. Vel etiam veri debitoris domum, ipso absente signare sine autoritate Magistratus, & debitore soluere parato nolle ab ipso recipere solutionem, sed in injuriam debitoris nihilominus interpellare fidejussores *l. 19. & 20. D. h. t.*

Item fimo corrupto aliquem perfundere, cœno aut luto obtinere, item affectari matremfamilias, ejusque comites ac pedissequas abducere, item prætextatum puerum & prætextatam puellam attentare. Huc pertinent gestus contumeliosi, ut veste lugubri & sordida uti ad alterius infamiam, tanquam is reus esset aut damnatus. Item barbam aut Capillum demittere hac de causa. Item imaginem seu statuam Imperatoris portare, aut ad illam confugere in alterius invidiam, quasi contra ipsius vim ac potentiam aliter se tueri nequeat, Item distorquere oculos, Linguam exerere alteri, Medium digitum alicui ostendere, Ciconiam pinsere, &c. De quibus etiam videatur. *Damhoud. cap. 139.* Item prohibere aliquem vendere rem suam, vel aliter illa uti pro libitu & arbitrio. Prohibere uti aliquem rebus communibus tanquam communibus, V. G. piscari in mari, in flumine publico navigare, in litore retia siccare vel casam ponere. Item detondere alicujus barbam & vestem scindere, ut legatis Regis Davidis factum est à Rege Ammonitarum, *de quo 2. Reg. cap. 10. & 1. Paralip. cap. 19.*

Item abreptum aliquem à sepulcro liberorum suorum cogere ut intersit convivio, ut est apud Senecam *lib. 4. Controvers. cap. 1.* Item alicujus mentem alienare medicamento. Item literas alicujus resignare & legere, & secreta judiciorum publicare. *l. 41. D. ad l. Aquiliam.*

Quæ omnia exempla partim hîc habentur, partim ex Pand. lectione observari possunt. Verbis injuria fit, ut si quis alium appellet Furem, latronem, adulterum, deditorem sive proditorem. Sic si quis aliquem mentiri dixerit, si quis servum vocet qui sit liber, plebeium qui sit nobilis. debitorem suum qui nihil debeat. Ad injuriam quæ verbis fit, pertinet etiam psalterium sive canticum in alterius infamiam compositum & publicè cantatum, ut ait Paulus *lib. 5. sent. tit. 4.*

Ad

Ad §. 2. Patitur autem.

Proximum jam est, ut videamus de personis tàm his quæ faciunt, quàm illis, quæ accipiunt sive patiuntur injuriam, vel non. Hujus loci partem posteriorem tantum Imp. hic persecutus est, omissa priori. Sed cum non possit quisquam injuriam accipere, nisi sit qui faciat, manifestum est naturæ ordine prius esse ut dicamus de his, qui faciant. Ergo iidem facere possunt injuriam qui & pati possunt *l. 3. in pr. D h. t.* Sed hæc regula non est perpetua: sunt enim qui pati quidem possint, facere tamen non possint injuriam, ut furiosus, dormiens, impubes qui doli capax non est, sive qui affectu doli & captu contumeliæ caret *d. l. 3. §. 1. D. h. t. & Paulus lib. 5. Sent. tit. 4.* Etenim ut omnia delicta & crimina non nisi dolo malo committuntur. Voluntas enim & propositum distinguit maleficia. *l. 53. D. de furt.* Ita & injuria ex affectu facientis consistit, sive animum injuriandi & contumeliæ inferendæ requirit. Unde semper in ll. hoc additur. Et hoc est quod Seneca ait *lib. 3. de ira cap. 26.* Nulla est injuria nisi à consilio profecta. Si quis igitur per jocum alterum percutiat, aut in certamine, aut invitus cum servo suo pugnum ducere vellet, injuriarum non tenetur. *d. l. 3. §. pen. & l. 4. D. h. t.* Sicut nec ille tenetur, qui corrigendi aut emendandi causa, item monendi & docendi aliquid dixerit aut fecerit in aliquem, præsertim disciplinæ suæ commendatum & subiectum *l. 15. & adycitur. D. h. t. l. 13. §. item Iulianus. D. loc. l. 5. §. ult. D. ad l. Aquil.* Est enim præceptori permissa in discipulum modica coërcitio & castigatio: ut & Marito in uxorem, patri in filium, & patrono in libertum. *l. 7. §. præterea. D. h. t. Damhoud. cap. 141. nu. 14.* His igitur omnibus non dabitur injuriarum actio, nisi atrox injuria ipsis facta sit & nisi castigatio modum excesserit.

His autem qui sunt in potestate, prorsus non datur ea, ne quidem de atroci. *d. l. 7. §. Sed & si fac. l. 4. lis nulla D. de judicijs,* minimeque omnium talib. datur famosa aliqua actio in eos quorum in potestate sunt. Huc pertinet quod pulcrè traditum est, inter conjunctas personas animam injuriandi non præsumi *Geil. lib. 2. obs. cap. 106. num. 6.* qui alias persumitur teste Damhouderio *cap. 177.* Ideoq; probare debet aliquis se tali animo caruisse, quod fieri potest etiam per jusjurandum purgatorium ipsi delatum, *Idem Geil. d. loco.* Sic si quis servum communem verberavit, hac actione non tenetur, cum jure dominij id fecit, *d. l. 15. si communem. D h. t.* Sic si Magistratus, jure potestatis aliquid faciat, hoc ad injuriarum judicium non pertinet, *l. 13. §. qui jure D. eod.* Non enim ea mente Magistratus facit, ut injuriam faciat, sed ad vindictam majestatis publicæ spectat, ut eleganter Paulus *in l. 33. D. d. t.* Si quid tamen Magistratus injuriosè fecerit, vel tanquam privatus, vel fiducia Magistratus, injuriarum conveniri potest. Et siquidem majore magistratu fungatur, eo tempore convenietur, quo abierit magistratu: sin minore, etiam in ipso magistratu *l. 32 D. h. t.* Qui autem sint maiores vel minores Magistratus cum alibi videatur, tùm apud Gellium. Sic etiam privatus quilibet, qui jure publico utitur, non videtur iniuriæ faciendæ causa hoc facere. Juris enim executio non habet iniuriam *d. l. 13. §. 1*

Unde nec ille facit injuriam, qui contra testem adversus se productum excipiendo probra quædam ipsi objecerit, quibus fidem ipsius elevet & jus suum tueatur. Nec ille qui nocentem infamavit. Peccata enim nocentium nota esse & oportet & expedit, *teste Paulo in l. 18. in pr. D. h. t.* De quo tamen videatur Distinctio *Geil. lib. 2. obs. cap. 99.* Sic si quis in rixa, ut fit, retorqueat ac regerat probrum, non facit injuriam, cum animus injuriandi ab eo absit. *Geil. d. lib. 2. cap. 100.* Quid si quis aliquem mentiri dicat, saluo tamen ipsius honore, seu cum præfatione veniæ? Hic injuriam facere videtur, non obstante protestatione sua, quæ contra eam est facta, *Geil. lib. 2. cap 101.* Porrò si mandatu & jussu alterius injuria facta sit, uterque tenetur. *l. 11. §. si mandatu. & §§. seqq. l. 17. §. si jussu. D. h. t.* Atque hæc isto loco sufficiant de his personis quæ injuriam inferant, vel non. Sequitur de ijs, qui injuriam patiuntur, de quibus solis Imp. hìc agit *aliquot §§. & l. 1. §. 3. & §§ seqq. D. h. t.* Summa hæc est, aut per semetipsum aliquem pati injuriam, cum scilicet directò ipsi tanquam patrifamilias vel Matrifam. fit injuria: aut per alias personas potestati vel affectui nostro subiectas, quibus facta injuria etiam ad nos spectat per consequentias. Tales personæ sunt liberi nostri in potestate. Item uxores, servi non modò proprij, sed etiam communes, & interdum etiam liber homo & servus alienus bona fide nobis servientes.

Primum igitur pater injuriam patitur in persona liberorum, quos in potestate habet. Et datur patri actio injuriarum, non vero filiofam. nisi pater vel absit nullo relicto procuratore, vel furiosus, qui loco absentis est, vel denique nisi sit persona vilis. *l. 17. §. filiofam. & §§. seqq. D. h. t. & l. 18. §. 1. D. de judic. ubi Dd.* Datur autem actio duplex, una proprio nomine, altera nomine filij *l. 41. D. eod.* Sed filij nomina non datur, si volenti injuria facta sit. Nulla enim est injuria, quæ in volentem fit, ut habet Regula juris, & explicatur ab Aristotele *lib. 5. Ethic. cap. 9. & 13. & d. l. 1. §. usque adeo. l. 36. D. h. t. l. quod quis D. de R. I. in diem. D. de aqua & aq. plu. arc.* cui non absimile est quod nec inofficiosi quærelam pater invito filio ejus nomine proponere potest. Flij enim injuria est *l. 8. in pr. D. de inoff. test.* Nec interest, sciat quis filiumfam. esse hujus patris, an ignoraverit: modò filiumfam. esse sciverit. Nam si patremfam. esse credidit, non potest injuriam facere patri ejus, quem nullum ei esse putavit. *d. l. 1. §. pen. & d. l. 18. §. pen. & ult. D. eod.* Hìc tantum notandum est, diversam esse æstimationem in persona patris & in persona filij, pro utriusque scilicet dignitate *l. 30. §. ult & l. seq. D. d. t.* Deinde ad maritum quoque spectat injuria uxori facta, de quo tamen olim dubitatum fuisse indicat hìc Imp. in illis verbis. Id enim magis prævaluit. Imò ad sponsi contumeliam quoque spectat injuria sponsæ ejus facta. *l. 15. §. sponsum. D. h. t.* Ideoque ad injuriarum actionem admittendus est non minus quàm maritus. Non tamen vice versa si marito vel sponso injuria facta fit etiam uxor vel sponsa injuriarum aget, *ut hìc vers. contra autem. & l. 2. D. eod.* Fœminas enim, utpote sexum infirmorem decet & æquũ est à viris defendi. Viri autẽ sibi ipsis sufficere possunt, Et ignominiosum ferè ipsis esset muliebri auxilio & protectione indigere. Ex his apparet, sæpè fieri, ut ex una injuria, trib. oriatur & cõpetat actio, ut si Filiæfam. alicujus, q̃ alteri nuptũ data sit, injuria fiat. Hoc. n. casu & pater injuriarum

rum agere poteſt tàm ſuo quàm filiæ nomine, & Maritus uxoris, & ſocer nurus, ut hîc & *d.l.1.§. ult. d. l. 18. § ſi nupta.D.h.t.* Neque unius actio per aliam conſumitur aut impeditur. Extra has perſonas ſi injuria uni ex familia & cognatione facta ſit, injuria non ſpectat ad alios ejuſdem cognationis, nec hi eo nomine rectè agunt, ne frater quidem de injuria fratri ſuo facta, quod tamen vulgo Dd. putant & probat Maranta *parte 6. de ord. jud. num.58. & ſeqq.* ſed contra jus *arg. l.17.§.ult.D.h.t.* Defuncto tamẽ vel ejus cadaveri facta injuria ad hercdẽ pertinet. *d.l.1.§.& ſi fortè.& § quoties.D.jam ſæpè d.t.* ut ſi ſtatua in ejus monumento poſita ſaxis cæſa ſit. *l. ſi ſtatua. 27.D.h.t.* Ideo enim ferè teſtatores inſtituere ſibi ſolent hæredes, ut ſint qui ipſorum exiſtimationem tueantur & contumelias vindicẽt: Quanquam idem juris ſit in hæredibus defuncti ab inteſtato. De ſuperiori autem regula Interpretum, quod injuria uni facta cæteris, quoque de eodem ſanguine facta videatur, explicat Menoch. *lib.2.cent. 3. caſu 262.*

Ad §. 3. Servis autem. & 3. §§. ſequentes.

Tertiò dominus per ſervi perſonam injuriam patitur, ſed hîc diſtinguendum eſt. Nam non quælibet levis injuria ſervo facta ſtatim in dominum ejus redundat, ſed atrox tantum, & quæ apertè ad contumeliam ac ſuggillationem domini reſpiciat. *l.15.§.prætor ait & §§.ſeqq.D.h.t.* Quæ autem ſit atrox injuria explicabitur. *inf. ad §.atrox.h.t.* Et hæc quidem de ſervo proprio. Si communi pluribus facta ſit injuria, omnibus dominis injuriarum actionem competere plus quàm manifeſtum eſt. Sed æſtimatio injuriæ fiet non pro ea parte, qua quiſque dominus eſt, ſed pro dignitate cujusq; ut hîc. v.g. Gravius & pluris æſtimabitur injuria nobili aut ſenatori facta, quàm plebeio, etiamſi ex æquis partibus domini ſint. Cui obſtare videtur *l.16. D.h t.* adeò quidem, ut eam repugnantiam inexplicabilem eſſe fateatur Hotomannus, nam ibi dicitur non pro majore parte damnationem faciendã eſſe, quàm pro ea, qua dominus eſt. D. Giphanius ait *l. 16.* habere locum in eo caſu, quando non ex æquo ad omnes dominos, ſed ad quoſdam tantum injuria ſervo facta pertinet. Si ſervo, in quo alius uſumfr. alius nudam proprietatem habet, facta ſit injuria, quæritur: utri detur injuriam actio? Et reſpondet Imp. proprietario, non fructuario eam dari. Quid item ſi ſervo alieno bona fide nobis ſervienti injuria fiat? Reſp. per hos bonæ fidei poſſeſſor non patitur injuriam, ideoque eorum nomine non habet actionem, ſed ipſe liber homo ſuo nomine aget, intellige, poſteaquam reſciverit ſtatum & conditionem ſuam. Servi autem alieni nomine verus ipſius dominus aget. Exceptio eſt, niſi in contumeliam bonæ fidei poſſeſſoris injuria ipſis facta ſit, quæ exceptio etiam ad uſufructuarium accommodari debet, ut ſcilicet toties ipſi quoque demus injuriarum actionem, quoties ad ipſius ſuggillationem ſervus, in quo uſumfr. habet, injuria affectus fuerit, *ut hic & l. 15. §. pen. D. h. t.* Et hæc de perſonis tàm inferentibus quàm accipientibus injuriam. Ex quibus ſimul intelligitur, quibúſnam hæc actio & contra quos detur. Hoc tantum addendum eſt, Si ſervus injuriam fecerit, contra dominum ejus dari actionem noxalem injuriarum, ut etiam ex cæteris delictis ſervorum. *l.17.§. cum ſervus. & §§.*

 ſeqq.

seqq. D.h.t. Et quidem si plures servi injuriam fecerint, singulorum proprium est maleficium, & tot injuriæ quot personæ, *l.34.D.h.t.* Qua in re observanda est differentia hujus delicti à Furto, & damno injuria plurium servorum *ut sup. dict.* Ratio diff. Quia furtum & damnum dirigitur in rem, quæ una est. Injuria vero est à persona in personam. Ideoq; tot sunt injuriæ, quot personæ.

Ad §. 7. Pœnæ autem.

Quemadmodum injuriæ varia sunt genera, & varium quoque jus de injuriis constitutum est, ita etiam pœna varia est. Alia namque infligebatur olim ex l. 12. tab. alia ex moribus & edicto prætoris: alia ex L. Cornelia de injuriis, alia ex SCto, alia denique ex constitutione principum. Et quidem ex 12. tab. pœna legitima membri rupti Talio erat, *ut hic & apud Gellium lib. 20. cap. 1. & apud Festum in verbo Talio.* Nam & Lex Mosaica oculum pro oculo, dentem pro dente postulabat. Et Pythagorei omne jus in talione positum esse putabant, ut est apud Aristot. *lib. 5. Ethic. cap. 5.* Deinde ex iisdem 12. tab. alia erat pœna ossis fracti, nimirum nummaria 25. assium, ut & de alia qualibet injuria. Causa hujus tàm parvæ pœnæ est magna paupertas veterum, ut hic ait Imp. quibus ea satis gravis fuit: Ideoque tandem cum Romani ditiores essent facti, nec tàm facilè petulantia & improbitas hominum exiguâ istâ multâ deterreretur à maleficiis & contumeliis, pœna illa in desuetudinem abiit: Et moribus receptum est, ut injuriam passus ipse eam æstimaret & taxaret: idq; prætores permiserunt, & hodie quoque in foro observatur.

Æstimationem illam actoris vel sequitur Judex in condemnando, vel minoris reum condemnat, si fortè actor modum excessit, Nam ut eleganter ac verè ait Sallustius, Nemini injuriæ suæ parvæ videntur: plerique æquo gravius eas habuêre. Judex igitur à prætore datus pro arbitrio suo pœnam moderabitur ex æquo & bono, & non modò quantitatem delicti attendet, sed etiam gradum dignitatis in persona injuriam passi & qualitatem ejus qui intulit, & alias attributiones sive circumstantias: quas eleganter explicat JC. *in l. 16. D. de pœn.* Crescit enim aut minuitur injuriæ æstimatio non solum secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, qua præditus est is, qui injuriam patitur *ut hic. vers. nam secundum. & in l. 6. §. 1. D. de re milit.* Sed etiam in persona ejus, qui contumeliam fecit, ut quædam injuriæ si à liberis hominibus fiant, videntur esse leves & nullius momenti, eædem si à servis & humilibus, graves sunt. *l. 17. §. quædam. D. h. t.* Adeò etiam hìc verum est illud Terentii: Duo cum faciunt idem, non est idem. Quod autem Imp. hìc inter servos discrimen faciendum monet, id sumpsit *ex l. 15. §. itaq; prætor. D. h. t.* Putant autem vulgo Dd. secuti Accurs. & Bart. *ad l. 21. D. h. t.* æstimationem ab actore fieri debere per jusiurandum in litem. Sed id à jure civili alienum videtur. Nunquam enim in hoc casu jurisjurandi in litem fit mentio. Et hæc est secunda injuriæ pœna prætoria sive honoraria, *ut hic Imp. appellat, & Paulus in fragm. vet. IC. tit. 12.* In sententiis verò, *lib. 5. tit. 4.* dicit. Eam moribus esse receptam.

Ad

Ad §. 8. Sed & Lex.

Tertia ex L. Cornelia injuriarum pœna est Extraordinaria, Exilij scilicet aut metalli, aut operis publici. Quamvis quidam existiment pœnam extraordinariam etiam ad mortem extendi posse. Cautum est autem lege Cornelia tantum de his tribus casibus, quoties quis pulsatus vel verberatus, vel domus ipsius vi introita esse dicitur, *ut hic & l. 5. D. eod. Paulus lib. 5. sent. tit. 4.* ubi ait, hanc actionem constitui mixto jure Domus appellatione, quid hic contineatur explicatur in textu, & latius *d. l. 5. §. 4. & §§. 3. seqq.* Quod autem Cujac. putat in Parat. Cod. & in Notis ad Paulum, Ex hac l. Cornelia judicium esse publicum, de eo meritò dubitari potest. Obstat enim *l. 7. & l. ult. C. h. t.* Ubi in genere de omni injuriæ causa dicitur, eam non publici judicij, sed privati querelam continere. Et expressè de actione hujus l. Corneliæ. *in l. 42. §. 1. D. de procur.* Nititur tamen Cujacius *argumento l. 12. in fi. D. de accusat.* Quartò ex SC. quoque actio est introducta contra autores famosorum libellorum, *l. 5. §. eadem pœna. & l. seq. D. h. t.* Et horum quoque pœna est extraordinaria *teste Paulo d. lib. 5. sent. t. 4.* Quæ ex l. 12. tab. fuit capitalis aut fustium teste Cicerone *lib. 5. de Repub. apud August. in lib. 2. de civit. Dei cap. 9. & Cornuto in 1. Satyra Persij*, Eaque pœna capitis & Impp. constit. probata est *l. unica. C. de famos. libel. Putat Accurs. ad illam l.* pœnam famosi libelli ita demum capitalem esse, si crimen, quod in eo objicitur, alteri sit etiam capitale, quam & Carolus V. secutus videtur, In der peinlichen Gerichtsordnung cap. 110. & Damhoud. *prax. rer. criminal. c. 125. num. 6.* ubi ridiculè furtum spirituale vocat hanc injuriæ speciem. Illud quoque ambigitur *in d. l. 1.* quæ sit ibi intelligenda pœna, capitis, an gladij, an relegationis: nam & hæc dicitur pœna capitis. *l. 12. §. 4. in omnibus. D. de accusat. Et Myns. quidem responso 49. num. 54.* probat relegationem. Giphan. *disput. de injur. th. 19.* pœnam gladij, *arg. l. ult. C. Th. de famos. lib.* Quinta est etiam hodie celeberrima actio ex l. diffamari C. de ingen. manumiss. De qua cùm alij videantur, tùm Myns. & And. Geil. in observat. tum repetitio Blareri.

Ad §. 9. Atrox injuria.

Hic §. eò pertinet; Quia superius d. est, Dominum non quamlibet injuriam servo factam, sed tantum ob atrocem agere posse, ut sciamus, Quænam igitur sit atrox injuria, quod hic dicitur Æstimandam esse ex circumstantiis seu attributionibus, facti, loci, personæ, temporis, membri vulnerati & cæteris. Confer te Ulpianum *in l. 7. §. pen. & ult. & 2. ll. seqq. D. h. t. Paulus d. lib. 5. sent. l. 4. C. h t.* Ubi atrox injuria esse dicitur quæ fit sacerdoti dignitatis habitum & ornamenta præferenti. Ex qua injuria oritur crimen publicum, quod omnibus liceat persequi *l. 10. §. si quis in hoc. C. de Episc. & cler.*

Et huc pertinet in jure Canonico celebre illud *c. si quis sacerdot. 17. quæst. 4.* Sic Demosthenes valdè exaggerat crimen sibi factũ à Midia, qui alapã ipsi inflixerit in theatro publicè omnib. inspectantib. cum sacrorũ ludorũ curator esset,

qua

qua de re copiosissima extat maximi apud Græcos oratoris oratio, ex qua citatur particula quædam *in l.16.§.qualitati.D.de pœn.* Est igitur hîc observanda nova q. divisio injuriarum, ut scilicet alia sit atrox, alia levis ac vulgaris; quæ distinctio etiam aliâs usum habet, ut cum quæritur, An liberto in patronum, An liberis emancipatis in patrem injuriarum judicium reddi debeat. *l.7.§. præterea & § seq.h t.* Item in pœna servi, qui gravius punitur ob atrocem quàm levem injuriam, teste Paulo *§.ult. d.t.4. lib. 5.sent.* Sic denique atrox injuria gravius vindicatur in eos, qui propter infamiã & egestatem suam forte cõtemnere possunt injuriarum judicium *l.35.D.h.t.* Plura vide apud Jac.Menochium *lib.2.de arbitr.judic.cent.3.casu 263. & apud Iac.Ravard.lib.1.Var.c.9.*

Ad§.10. in summa sciendum.

Quod supra in genere de omnibus actionibus ex maleficiis diximus, eas aut civiliter aut criminaliter intentari posse *ex l. ult.D.de priu.del.* Idem hîc dicitur in specie de actione injuriarum, & de actione quoque ex L. Cornelia *l.31. §.1.D.h.t.* Civilis est injuriarum actio, qua injuriam passus æstimationem ejus pecuniariam sibi adjudicari petit. Etsi enim honor non potest æstimari pecunia, neque injuria affectus ideo pauperior est, quod ad rem familiarem: tamen affectui hominis hoc permittitur, ut injuriam suam pro arbitrio æstimet, eaq; summa reus multetur, si judici quoque ita videatur. Nam ad æstimationem læsi actoris accedere debet taxatio judicis, alioquin illa in infinitum abire posset, cum suas injurias multi æquo gravius habuerint, ut Sallustius ait. Criminalis actio est qua petitur, ut pœna extraordinaria, v. g. exilij, relegationis, fustigationis, vinculorum, &c. officio judicis reo irrogetur. Est etiam criminalis actio illa, qua pœna quidem pecuniaria petitur, non tamen parti læsæ sed fisco applicatur, ut tradit Accurs. *ad l.3.in pr. in verb centu D. de sepul. viol. & probat. I. Faber, & alij hic.* Multa quoque ad hanc distinctionem judicij in civile & criminale egregiè facientia, vide apud Marantam *part. 4. de ordine judic. distinct. 1.* Sive autem agatur civiliter, sive criminaliter, semper injuriarum actio non publici, sed privati judicij querelam continet, ut supra quoque dixi. Excepta injuria, quæ sacerdoti in Ecclesia sacris operanti infertur. *l.10. D. de Episc. & cler.* semper quoque ex hoc judicio condemnatus infamia notatur *§. ex quibusdam inf.de pœn.temerè litig.l.1.D.de his qui not.infam.l. 7. D. de pub. jud.* & intestabilis esse jubetur *l.5.§. si quis librum. D. h. t.* Paulus quidem in sententiis *d. lib. 5.* ait: Injuriarum civiliter damnatus famosus efficitur, Non quasi aliud sit in eo, qui criminaliter damnatus sit, quasi inquam is non efficiatur famosus: sed ut intelligamus illum multò magis fieri infamem, quasi dixisset Paulus, etiam civiliter damnatus. Etsi autem ab Interpp. multæ cautelæ traditæ sunt, quibus infamia evitari possit, ut si reus ante sententiam solvat æstimationem, &c. De quibus videatur Geil. *lib.2. obs. 102. & seq. & Wes. ad tit. D. de his qui not. infam.* tamen paucæ sunt solidæ ac veræ. Estq; omnium opt. ac tutiss. cautio & ratio vitandi infamiam vitare ipsum delictum. Non tamen ignoro, interdum etiamsi quis condemnetur injuriarum, tamen solere ei certis de causis in ipsa sententia à judice

dice

dice reservari integrum suum honorem: de quo vide Wesenbec. *in parat. D. de injur. & Andr. Geil. lib.1.obs.* Quæritur hic de actione ad Palinodiam seu recantationem, an sit civilis, an criminalis? Et Maranta *parte 4.dist.1.num.10.* aliique putant esse criminalem. Sed contrariam opinionem, ut communiorem in Camera Spirensi receptam esse testatur Mynſ. *Cent.2.obs.98.& Geil. lib.1. obs.65.* Putat Giphanius *in disputat.de injur.th.106.* Hanc agendi rationem ad palinodiam abhorrere à jure nostro, cum ipso jure, postea quam reus sententia judicis condemnatus est, existimatio & honor actoris satis vindicetur, ac proinde supervacua videatur ista revocatio. Quorsum enim opus sit adhibere testimonium hominis infamis? Hoc quoq; ibid. in th. seq. reprehendit, quod traditur, Reum ad Palinodiam condemnatum non fieri infamem, si in sententia adjiciatur clausula, salva existimatione. Sed quicquid dicat Giphan. hoc jure utimur.

Ad verba: (officio Judicis extraordinaria pœna irrogatur) quæri solet: An Judex possit pœnam extendere usque ad mortem: quam altam quæstionem vocat Maranta *d.loco n.43.* & prolixè de ea in utramq; partem disputat concludens tandem pro affirmativa *sub n.53.* quam tamen aliquot limitationib. restringit: ut apud ipsum videre licet.

Vers. Hoc videlicet observando.

Inter actionem Injuriarum civilem & criminalem cùm aliæ sunt differentiæ, tùm hæc quoque: Quòd in civili possit intervenire procurator. In criminali non item. *l.11.§.agere.& l.17.§.idem Iulianus.l.36.D.h.t.l.42.§.1.D de procur. Paulus lib.5.sent.tit.4.* Quemadmodum etiam ad crimen judicij publici persequendum vel defendendum frustra procurator intervenit. *l.pen.§.1.D.de pub.jud.* Ratio est gravitas judiciorum & pœna, quæ ex illis irrogatur, quæ est ferenda in principalis corpus, non procuratoris. Excipiuntur viri illustres, & qui supra eos sunt. His enim Imp. Zeno sua constitutione permisit causam injuriarum per procuratorem in quocunq; competenti judicio etiam criminaliter vel suscipere vel movere, *ut hic & l.ult.C.eod.* Quod dignitati horum est tributum, ob quam etiam illud receptum, ut ad eos domum mitti soleat testimonij causa, cum aliàs testes sint evocandi, ut coram in judicio testimonium perhibeant.

Ad §. 11. Non solum autem.

Pertinet hic §. ad locum de personis, quæ injuriam faciunt, & quæ proinde injuriarum actione conveniri possit, & ait, Illum etiam conveniri posse, qui quamvis ipse injuriam non fecit, dolo tamen fecit aut curavit, ut ab altero fieret. Quid si facta non sit injuria? Non tenebitur, etiamsi curaverit ut fieret, aut jusserit *l.11.in pr.l.15.§.ait prætor. in verb.cujusve opera. & §.si curaverit D. h.t. Paulus d.lib.5.sent.tit.4.§.pen.* Sed hoc sup. quoque attigimus, ubi de injuria alterius jussu facta.

Ad §.ult. Hæc actio.

Desumptus est hic §. ex Ulp. *in l.11.§.1.D.h.t.* & agit de injuriarum actione tollenda. Modus tollendi unus est dissimulatio. Per eam aboletur injuria, si inju-

si injuriam passus eam dereliquerit, id est, non statim ad animum revocaverit & protestatus sit de injuria, adeò ut postea non possit eam, ut maximè velit, recolere per pœnitentiam. Ratio, cur tàm facilè hæc actio aboleatur, est, quia ex æquo & bono est, ut ait *d.l.11.§.1.* id est, ex mera gratia sive favore conceditur ei, qui passus est injuriam, ut scilicet is possit honorem suum vindicare ac tueri. Cum igitur meram vindictam hæc actio contineat, non autem rei familiaris aut pecuniæ persecutionem, *ut sup.d.ex l.2.§.emancipatus.D.de collation.* ideoque odiosa sit, facilè restringitur atque aboletur *arg.l.19.D.de lib.& posthum.* Ratio autem, cur semel extincta resuscitari non possit, est, quia turpe sit repetere quod semel condonatum est. Est autem dissimulatio condonatio quædam injuriæ, ut rectè Hotomannus in Partition. Est tamen hoc generale de omni actione, quæ semel extincta non resuscitatur. *l.98.§.aream.D.de solut.* De tempore dissimulationis nihil hìc dicitur, neque in *d.l.11.* Hoc igitur sumendum est *ex l.5.C.h.t.* Ubi injuriarum actio annuo tempore præscribi dicitur. Ratio, quia actio injuriarum est prætoria, quales ferè sunt annales. Sed de eo controvertitur, an injuriarum actio. v. g. non solum illa generalis prætoria, sed etiam quæ ex L. Cornelia, quæ ex SCto, quæ ex constit. Principum descendat annua dissimulatione tollatur? Id quidem putat Cujac. *in parat. D.* Sed si rationem juris sequi volumus (quia actiones eæ, quæ ex jure civili, ut ex ll. SCtis, constit. Principum introductæ sunt, perpetuæ sunt: eæ autem, quæ ex edicto prætoris annuæ. *init.tit. inf.de perpet.& temp act.*) dicendum videtur illas injuriarum actiones, quæ ex ll. SCtis, Constit. Impp. sunt, esse perpetuas. *vide inf.ad tit.de perpet.& temp.act.* Sunt autem & alij modi hujus actionis tollendæ, ut pactum, transactio, jusjurādum *d.l.11.§.1.inf.D.h.t.* Et quidem per pactum ipso jure tollitur hæc actio, ut etiam actio furti. *l.7.§.si paciscar.& l.17.§.1.D.de pact.* cum aliâs pactum tantùm exceptionem pariat, qua actio excludatur ipso jure competens.

AD TIT. V. DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Quemadmodum quasi contractus cum veris contractibus magnam habent cognationem & affinitatem: ita & quasi delicta cum veris delictis. Rectè igitur atque ordinè illi speciei obligationum, quæ est ex delictis, statim subjicitur ea, quæ ex quasi delictis est, ut ita omnes obligationum causas & summas, quæ sup. enumerabantur *in §. sequens.tit.de obligat.* expositas habeamus. Definiri autem potest quasi delictum, quod sit culpa quædam sine dolo malo contracta, quæ per actionem in factum prætoriam vindicatur. Ita Hotom. in partit. sive quasi delictum est factum quoddam, quod neq; ad contractum vel quasi referri potest, neque ad delictum, & tamen in eo peccatum quoddā versari manifestum est. Quatuor autem hìc afferuntur species talium factorum. 1. Imperitia vel imprudentia judicis malè judicantis. 2. Dejectio vel effusio ex alicujus

cujus ædibus facta in prætereuntem. 3. Habere aliquid positum vel suspensum supra eum locum, qua vulgo iter fieri solet. 4. Damnum aut furtum in navi, caupona, stabulo, factum victori vel viatori aut hospiti ab aliquo eorum, quorum opera utitur nauta, caupo, stabularius. De quibus omnibus videatur & *l. 5. § si judex. & §§. seqq. D. de obl. & Act.* Nam inde desumptus est totus *h. tit. ex Cajo scil. lib. 3. Aureorum. ut & l. ult. D. de extraord. cognit.* Rationem ordinis, cur primum & secundum quasi delictum proximè subjiciatur delicto injuriarum, supra exposui.

Ad init. Tit. Si judex.

Quod ad primum attinet, Judex litem suam facere dicitur, quando committit ut unus ex litigantibus sententia judicis læsus omisso adversario ipsum judicem arripere & judicio invadere possit, & ut judex causam ejus, secundum quem malè pronunciavit, suscipere cogatur tanquam propriam. Facit autem hoc Judex duobus modis. Aut enim per imprudentiam seu imperitiam ac negligentiam malè judicat: aut dolo malo, per gratiam vel inimicitias vel sordes. Posterior hic modus verum continet delictum, nimirum Injuriam, vel etiã crimen falsi: imò etiam crimen repetundarum: Ejusq; pœna gravior est, ut scilicet talis veram æstimationẽ præstare cogatur & simul fiat infamis. De quo est *l. 15. §. 1. D. de judic. & l. ult. C. de pœn. jud. qui male judic.* item. *l. 3. & 4. C. ad L. Iul. repet.* Cambyses ejusmodi Judicem excoriavit & pelle tribunal induxit, ibiq; filium ejus successorem collocavit, ut conspectu supplicij paterni territus nunquam in judicando à justitiæ tramite deviaret. Vide hac de re Philip. in Chron. Hic tamenagitur de priori modo, ut & *in d. l. 5. § si judex. D. de O. & A. & l. ult. D. de extraord. cogn.* De utroque tamen videte Oldendorp. *class. 7. act. ult.* & Menoch. *lib. 2. cent. 5. cas. 339.* Pœna hujus q. delicti est arbitraria. Hoc enim volunt ea verba, in quantum de ea re religioni judicantis videbitur, tam hic quã *in d. l. ult.* Relligioni judicantis, hoc est, judicis arbitrio. Sæpe autem in jure tribui solet Judici religio ut *in l. 13. D. de testib. l. ult. D. de suspect. tut. l. 1. D. de reb. eor. qui sub. tut. l. 13. generaliter C. de non num pec. l. 2. §. ult. D. de vac. & excus. mun. l. 33. D. de re jud. Paul. 5. sent. tit. 5. in fin. l. ult. C. si ex fals. instr. vel testim. jud. sit. l. 1. §. D. Severus. D. de quæst.* Et sic Præses religionem judicationis suæ dicitur temperare *in l. 6. C. solut. matrim.* Et religio judicantis circumventa falsis instrumentis *l. ult. C si ex fals instr. vel testim. judic. sit.* Quia in judicando religiose & caute versari debet, ne cui faciat injuriam, idque maximè ob religionem jurisjurandi. Judicat enim juratus. Boni que & innocentis viri officio judicem fungi oportet, ut ait *l. 4. D. famil. ercisc.* & pro ut relligio suggerit sententiam proferre *l. 79. eum quem. §. 1. D. de judic.* Quid g. si filiusfam. sit judex, qui litem suam fecerit. Resp. De eo erit *inf. in §. si filiusfam.* Notetur autem tam hic quam in §§. seqq. forma argumentandi ab enumeratione partium, sic hoc factum sive negotium neq; est contractus, neque q. contractus, neque maleficium seu delictum, & tamen manifestum est, inde nasci obligationem. Ergo est quasi delictum.

Neque enim plura sunt obligationũ genera. Notetur & hoc, contractus appellatione hic cõprehendi etiã quasi contractũ, perinde ut *in §.1.inf.tit. prox.* Alioquin insufficiens esset hæc enumeratio. Sed hic gravis existit contradictio: Imprudentiam istam malè judicantis judicis non videri esse quasi delictum, sed verum delictum, pertinere enim ad L. Aquiliam, qua vindicantur damna non modò per dolum, sed etiam culpam atque imperitiam data; *ut sup. d. in §. imperitia. & in §. illud palàm tit. de L. Aquilia ex l.44. D. eod.* Aut igitur non debet per L. Aquiliam vindicari imperitia, aut non rectè à cæteris imperitiæ generibus sejungitur imperitia judicis & proprium genus quasi delicti constituit? Et id quidem meminimus multis verbis contendere ex hoc ipso loco docentem præceptorem nostrum D. Donellum. Quid g. est? Dicendum puto Legem Aquiliam sicut & l. 12. tab. & alias de damno latas quibus omnibus per L. Aquiliam abrogatum fuit. *l.1.D.ad L. Aquiliam.* omnes cavisse de damno per dolum dato. Hoc enim est propriè injuria. JCti verò interpretatione sua eam produxerunt utilitatis causa etiam ad culpam dolo vacuam, ut inquam is qui alteri culpa & imperitia sua damnum dedisset non minus L. Aquiliã quàm is qui dolo damnum dedisset, teneretur. Neque tamen ob hanc JCtorum interpretationẽ circa L. Aquiliam desiit esse verum maleficium damnum injuria datum, etiamsi culpa levissima datum esset. Idem de imprudentia judicis & aliis quasi delictis multo magis dicere nos possumus. Nunquam enim ulla lege tanquam vera maleficia comprehensa aut notata fuerunt, cum dolus malus inde absit, qui in omnibus veris maleficiis requiritur. Sed tamen prætor obligationes ex illis introduxit, & actionem in factum.

Quæritur, An quod hîc de judice malè judicante dicitur, idem etiam sit in arbitro? Id putat Accurs. *ad l. ult. D. de extraord. cogn. arg. l.1. D. de arb. & l. pen. in fi. C. de postul.* Eumq; communiter Dd. sequũtur. Est tamen Judex ab hoc delicto immunis, qui in legis alicujus difficilioris interpretatione, de qua non satis inter omnes convenit, erraverit, ut Accurs. hîc in verb. videbitur, & communiter Dd. Actio autem quæ ex hoc quasi delicto ad pœnam quam dixi petendam datur, vocatur actio in factum ut etiam ex reliquis q. delictis, de quo in *§. ult. vers. in his autem casibus. inf. h. t.* Nam is vers. generalis est ad omnia quasi delicta pertinens. Ut autem actio pœnalis ex maleficio non datur adversus heredem, ut supra dictum, ita neque hæc actio in factum ex quasi maleficio. *d. vers. In his a. casibus.* Idque etiam in specie dicitur de hac actione ex nostro q. delicto, *in l.16. D. de judiciis.*

Ad §. 1. Item is, ex cujus.

De hoc secundo q. delicto est & *tit. D. de his qui dejec. vel effud.* ut taceam. *l.5. §.5. is quoque D. de obl. & Act.* Per dejectionem vel effusionem ex cœnaculo sive ædibus alicujus, vel damnum datur alicui, ut si vestes ejus conspurcentur aut lacerentur, si servus ejus forte præteriens vulneretur aut occidatur: vel libero homini nocetur in corpore: vel denique homo liber occiditur. Primo casu actio datur in duplum damni dati. Altero casu pœna est arbitraria, ut scilicet Judex computet mercedes medicis præstitas & cætera impendia, quæ

quæ in curatione liberi hominis facta sunt, itemque operas, quibus caruit vel cariturus est ob id quod inutilis factus est. Tertio casu pœna est 50. aureorum, cum in libero homine non possit fieri æstimatio induplum, quia liberum corpus nullam recipit æstimationem *l.1.& l.ult.D.de his qui deiec. vel effud.l.1. D. si quad. pauper. fec. dic.*

Inter has 3. actiones hæc est differentia, quod prima est perpetua, altera interdum est perpetua, interdum annua. Perpetua est, si ipse liber homo, cui nocitum est, experiri velit. &c. Annua duntaxat est, si alius velit experiri. Sciendum est enim ex hoc quasi delicto popularem esse actionem, ita tamen ut quamvis cuilibet ex populo detur, tamen is ex pluribus desiderantibus hanc actionẽ præferatur, cujus interest, puta, quia affinitate vel cognatione eum, cui nocitũ est, attingit. Tertia similiter est annua. Hæc omnia habetis in *l. 5. §. hac autem actio. D. de his qui dejec. vel effud.* Deque eo præferendo in popularibus actionibus, cujus interest, agit etiam *l.3. §.1.D. de pop. act. & l. 16. D. de accusat.* Ait Imperator, eum ex cujus cœnaculo dejectum quid, effusumve est, plerumque ob alterius culpam teneri. Ex cujus, intellige non domini, sed habitatoris *d.l.1.§. hæc in factum. D. de his qui dejec. vel effud.* Non enim culpa est penes dominum, sed penes habitatorem. Nam habitator suam suorumque culpam præstare debet. *l. pen. §.pen. D. eod.*

Nihil autem refert an is in suis ædibus habitet, an in conductis, an in gratuitò concessis, *ut hic & d.l. 1. §. pen.* Quod ergo si plures in eodem cœnaculo habitent, ex quo dejectum esse vel effusum dicitur? Resp. Aut plures habitant diviso inter se cœnaculo, aut non diviso. Hoc casu in quemvis eorum in solidum datur actio, ita tamen, ut unius solutione liberentur cæteri. Non enim patitur bona fides, ut bis idem exigatur, nec de eodem admisso sæpius querendum est. Is autem qui soluit recipiet partem à cæteris actione pro socio vel utili. Illo casu in eum solum datur actio, qui eam partem inhabitat, unde effusum vel dejectum est. *l. 1. §. ult. l. 2.3.4.& 5. in pr. D. de his, qui dejec. vel effud.*

Non tamen ubivis locorum facta dejectio vel effusio & damnum per eam datum hanc actionem producit, sed ita demum, si in eum locum quà vulgo iter fit, dejectum sit, sive is locus sit publicus sive privatus. Publicè enim utile est, sine metu & periculo per itinera commeari. Nihil etiam interest interdiu an noctu dejectum vel effusum sit. Nam quibusdam locis & noctu iter fit. Semper itaque ea loca, per quæ vulgo iter fit, eandem securitatem habere debent *l. 1. §. 1. & 2. D. de his qui dejec. vel effud. l.31.D.ad l. Aquil. l. pen. §. 1. D. de his qui dejec. vel effud.*

Diximus hanc actionem dari contra habitatorem. Habitator enim propriè dicitur in ædibus. Quid si de navi alicujus dejectum vel effusum sit? Resp. Tunc utilis actio datur in eum, qui navi præpositus est. *l. pen. si de nave. §. ult. D. d. t.* Ex his quæ dicta sunt, facile jam est colligere differentias aliquot hujus quasi delicti à damno videlicet injuria contra l. Aquiliam dato. I. enim lex Aquilia quodlibet damnum persequitur, ut supra vidimus *in tit. de l. Aquilia.* Hoc autem quasi delicto species tantum damni una continetur, ejus scilicet quod

per dejectionem vel effusionem datum est. II. Lex Aquilia agit de damno in servo dato, non autem in libero homine: at verò hoc edictum de utroque tam servo quàm libero homine agit. III. In lege Aquilia requiritur, ut damnum injuria, id est, dolo, vel ex interpretatione JC. etiam culpa datum sit. Hic autem culpæ mentio in edicto non adjicitur. *l. 1. §. hac in factum. D. de his qui effud. vel dejec.* IV. In hoc quasi delicto primo casu, cum videlicet damnum in re aliqua datum est, semper competit & datur actio in duplum. In l. Aquilia non aliter quàm si is, qui damnum dedisset, inficietur. Si fateatur enim in simplum convenitur. *d. §. hac in factum. l. 1. D. d. t. & dixi supr.* Ne cui vero absurdum hoc videatur quod durius quis plectitur ob q. delictum, quam ob verum maleficium, ratio hujus differentiæ reddi potest ista, quod hic damnum datum est ad viam publicam, qua vulgo commeari solet. Suadet igitur utilitas publica itinerum, ut hoc damnum gravius vindicetur, quam in L. Aq. ubi de damno uni privati in dato agitur, nec metus similis damni æque ad alios pertinet. Ad viam vero publicam cuique evenire, quod cuiquam evenit, potest. V. Differunt etiam quoad actionem, quæ ex damno injuria est civilis & nomine certo designatur, Actio scilicet legis Aquiliæ vel damni injuria. Ex hoc autem quasi delicto prætoria nascitur actio, quæ in factum actio dicitur generali nomine. VI. Actio legis Aquiliæ popularis non est, id est, non cuilibet ex populo datur. Ista vero actio sæpè est popularis, ut supra dictum.

Vers. Cui similis est is.

Tertium quasi delictum est periculosè positum aliquid vel suspensum habere in suggrunda vel protecto, qua vulgo iter fit, cujus casus possit alicui nocere. Quod cum simile sit superiori, Imp. de eo conjunctim sive permixtim tractat. Nam & Vlp. hoc edictum (inquit) superioris portio est. *l. 5. §. hoc edictum. D. de his qui dejec. vel effud.*

Differt tamen à superiori sicut damnum jam factum à damno non facto seu infecto, quod futurum veremur. Fieri autem potest ut quod periculosè positum vel suspensum est, decidat, vel etiam inter ponendum & suspendendum, quo casu dejectum vel effusum quoque dicetur, etiamsi nemo manus admovit, atque ita tertium quasi delictum in secundum migrabit. *l. 1. §. quod cum suspenderetur. D. de his qui effud. vel dejec.* Duo hæc quasi delicta in pœna quoque differunt, quæ hujus est mitior, nempe 10. aureorum sive solidorum, ut prætor ait. *d. l. 5. §. prætor ait. D. h. t.* Cum superioris pœna vel sit duplum, vel arbitraria, vel 50. aureorum. In eo autem convenit hoc tertium quasi delictum cum secundo, quod ex utroque popularis actio nascitur. *l. 5. §. ult. D. h. t.* Quemadmodum etiam in eo, quod neutra detur in hæredes, utpote pœnalis. *d. l. 5. §. hæc autem actio. & d. §. ult.* Notandum est hic quoque, Actionem utilem interdum dari, cum scilicet deficit actio legitima vel prætoria, V.G. Si pictor tabulam vel clypeum in pergula expositum habeat, cujus casus transeunti damnum dederit. Hic verba edicti deficiunt, quæ sunt tantum de suggrunda & protecto,

non

non autem de pergula. Et hoc casu non directa actio, sed utilis competere potest. *d. l. 5. §. pen.*

Ad §. 2. Si filiusfam.

Hic §. Communis est omnium trium præcedentium quasi delictorum. Ait enim de quasi delicto Filijfam. non dari actionem in patrem ejus, si filius seorsim à patre habitet, sed in ipsummet filium. Idem dicitur *in l. 1. §. si filiusfam. D. de his qui effud. vel dejec. & d. l. 5. §. is quoque vers. ideo si filiusfam. D. de obl. & Act.* Ait Imp. in patrem nullam esse actionem, intellige neque de peculio, neque noxalem, ut additur *in d. l. 5. D. eod.* Cur non de peculio? Quia non est ex contractu, sed ex quasi delicto hæc obligatio. *d. l. 1. §. si filiusfam.* Quasi dicat Vlp. Actio de peculio in patrem datur tantum ex contractu vel quasi contractu filijfam. non autem ex delicto vel quasi delicto. Cujus rei rationem exponemus *infr. tit. prox.* Cur non actione noxali? Quia noxæ deditio etsi olim erat etiam filiorumfam. tamen humanitas posteriorum seculorum asperitatem hanc respuit, & noxalis actio tantum in servis remansit, cum filijfam. ipsi, utpote liberi homines & cives Romani de suis delictis possint conveniri. *§. ult. infr. de noxal. act.*

Ad §. ult. Item exercitor.

Quartum & ultimum quasi delictum hoc est, quo obligantur tantum hæ tres personæ, Nautæ, caupones, stabularij: non quidem si ipsi furtum faciant aut damnum alicui dent in navi vel caupona vel stabulo (Tum enim non ex quasi maleficio, sed ex vero maleficio tenerentur) sed si quis ex illis, quorum opera utuntur in navi exercenda, *ut hic vers. si modò ipsum.*

Exercere navem vel cauponam est quæstum ea locando facere & redigere. Unde exercitor navis est is, ad quem quotidianus quæstus & lucrum ex navi redit. Sic etiam cœnaculariam exercere dicitur is, qui cœnacula sua alijs pro mercede locat. *l. 1. §. 1. D. de his qui dejec. vel effud.* Solebat autem exercitor navis præponere illi aliquem, cui totius navis curam commendabat, qui magister dicebatur. *l. 1. §. 1. D. de exerc. act.*

Ratio, cur ob delictum suorum hi tres teneantur, hæc est, quia ut paterfam. culpam suorum præstare debet qui aliquid effuderint vel dejecerint, *ut sup. §. 1. dictum.*

Ita & exercitor omnium suorum nautarum, sive sint liberi, sive servi, factum præstare debet, nec immerito; cum ipse eos suo periculo adhibuerit & aliquatenus culpæ reus sit, quod opera malorum hominum utatur. Oportuit enim explorare cujus innocentiæ, cujus fidei sint quos adhibuit, *ut hic & d. l. 5. §. ult. D. de obl. & act. & in l. ult. D. naut. caup. stab.* Nam ut eleganter Cic. *in Epist. ad Q. fratrem & in 4. Verrina ait*: si innocentes haberi volumus, non solum nos ipsos

ipſos abſtinentes, ſed etiam noſtros comites præſtare debemus. In ſervis tamen diſtinguimus, ut ſuorum quidem nomine duntaxat noxali actione dominus teneatur, alienorum verò vel liberorum hominum in ſolidum, id eſt, in duplum *d. l. ult. §. hac autem actione. D. Naut. caup. ſtabul. & l. unic. §. pen. D. furti adverſus nautas, caup. ſtabul.* Utrobique & ratio differentiæ redditur. Ait Imp. Alicujus eorum, quorum opera navem exercet. Nam vectorum factum non præſtat exercitor. Quare ſi quid hi inter ſeſe damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet *d. l. ult. §. 2. ſed ſi quid & d. l. unic. §. ult.* Vectores dicuntur qui pro naulo ſive mercede vehuntur & navigant. Quod ſi quis pro pretio vecturæ remum ducat (qué Græci ναυτεπιβάτην vocant) ejus factum exercitor præſtare debet. Jam enim ejus quoque opera navem exercet *d. §. ſed ſi quid.* Sic caupo etiam & ſtabularius viatorum factum non præſtat, utpote quos non ipſe elegit, ſed ex officio recepit repentino hoſpitio nec repellere potuit *d. l. unica. §. ult. & l. 6. §. in factum. D. Naut. caup. ſtabul.* Deinde ait Imp. quod in navi factum erit, non enim aliâs factum ſuorum præſtat quàm ſi in ipſa navi, in ipſa caupona vel ſtabulo damnum dederit aut furtum fecerit. Cæterùm ſi extra hæc loca, non præſtabit. *d. ult. in pr. D. eod.* Ait Imp. Teneri videtur, teneri inquam actione prætoria in factum & teneri in duplum. *d. l. ult. §. 1.* Interdum tamen non tenetur, ſi nimirum prædixerit, ut unuſquiſque res ſuas ſervet: ſe enim damnum, ſi quod contigerit, non præſtaturum: ſi tamen huic prædictioni & denunciationi vectores viatoreſque conſenſerint. *d. l. ult. in pr.* Etſi autem regulariter ita ut dixi, tenetur actione prætoria ei, cujus res perijt: Tamen eſt in poteſtate ejus vel cum exercitore jure honorario, vel cum fure ipſo aut eo, qui damnum dedit actione civili experiri, id eſt, vel actione furti, vel l. Aquiliæ, ita tamen, ut una actione electa altera uti non poſſit, ne ſæpius de ejuſdem hominis admiſſo queratur. *d. l. un. §. cum enim & l. pen. §. poſſumus. D. Naut. caup. ſtabul.* Poſtremò de hac actione notandum eſt, Tametſi prætoria ſit, tamen perpetuam eſſe. *d. l. ult. §. ult. D. d. t.* Cum aliâs actiones prætoriæ, præſertim pœnales, ſoleant ferè eſſe annuæ, ut dicetur *infr. ad init. tit. de perpet. & temp. act.* Qua in re convenit hæc actio cum actione furti manifeſti.

Adverſ. In his autem caſibus.

Intellige non tantum in furto aut damno facto in nave, caupona, ſtabulo, de quibus ſupra d. eſt, ad quos ſolos quidam hæc verba reſtringunt, ſed in omnibus 4. ſuperioribus Q. delicti ſpeciebus actionem in factum competere. Eſt enim hoc nomen generale omnibus actionibus, quæ proprium nomen non habent & à prætore ſupplentur, ubi leges & actiones ex illis deſcendentes deficiunt, *l. 11. D. de præſcr. verb.* Quamvis etiam civiles actiones, ſed utiles, interdum dicantur in factum: qua de re jam ſupra admonuimus *ad §. ult. tit. de lege Aquilia.* Ait autem Imp. hanc actionem in factum adverſus hæredem non competere, Ratio, quia eſt pœnalis. Videte *l. 16. D. de judicijs l. 5. §. hæc autem actio & §. ult. D. de his qui dejec. vel effud.* Hæredi autem cur dentur hæ actiones ratio eſt, quia ſunt de damno pecuniario. Ad extremum notandum, eſſe & aliud prætoris

ris edictum de Nautis, cauponibus, stabularijs, nimirum de recepto eorum, sive ut restituant quod cujusque salvum fore receperint. Ex quo edicto quæ nascatur actio, quo modo differat à præsenti, quæ ex quasi delicto descendit, videte *l.1.& l.3.D.naut.caup.stab. & Oldendorp. Class.7. Act.5.* Inter alia differunt in eo, quod prior est pœnalis; hæc rei persecutoria: Ideoq; hæc & in heredem datur. *l.3.§.pen.D.d.t.* Item illa est ex q. delicto: hæc ex contractu. Illa in duplum, hæc in simplum.

AD TIT. VI. DE ACTIONIBUS.

Locus hic postulare videtur, ut quia novum caput, veluti alio facto exordio aggredimur, monstremus initio, tum quo pacto id cum superioribus cohæreat, tum quid eo contineatur: quanquam de eo & supra quoque dictum sit aliquid in oeconomia hujus libri quarti. Proposuerat Imp. *in §.ult.supr. de jure nat.gent. & civili*, omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinere, vel ad res: vel ad actiones. Idque ex Cajo *in l.1. D. de statu hom.* Secundum hæc tria capita totum Institutionum opus compositum est ijsque velut tribus columnis innititur. Cum igitur jam pro prima quidē institutione satis dictum sit de duob. prioribus Jure scilicet personarum & rebus, earumque generib. & acquirendi modis: facilè quivis intelligit, nihil aliud ex superiori partitione restare quàm ut de actionibus eodem modo explicetur, per definitionem & divisiones, ut in partitionibus fieri solet, id quod Imp. deinceps præstat. Nam quæcunque deinceps ad finem usque libri sequuntur, ea omnia modo quodam ad hoc caput de actionibus referri possunt, est enim hic titulus generalis etiam ad seqq. multos pertinens: quomodo supr. generalis erat *tit.1.lib.3.& tit.1.lib.4. imò & tit.1. lib.2.* ut supra demonstravi ad initium hujus libri. Putat Accursius eumque & Mynſ. & alij secuti, ideò de actionibus hìc agi post obligationes, ut posteaquam de matre dictum est agatur etiam de Filia. Obligatio enim dicitur passim parere obligationem, ut *l.42.licet.§.2.ea obligatio.D.de procurat.* Et ita Theop. etiam *ad tit.de oblig.supr.* Sed ex obligatione tantum una species actionum nascitur: Ea scilicet, quæ est in personam. Hìc autem non minus tractatur de altera, quæ est in rem, quæ tamen datur contra eum, qui nullo jure nobis obligatus est. *§.1. infr.h.t.* De obligatione autem hìc ideo potius egit Imp. non ut hujus tit. caussam ostenderet, sed ut plenus atque integer esset locus de Rebus, cum & obligatio annumeretur reb.incorporalib. *sup tit.de reb.corp.& incorp.*

Id tamen negandum non est, commodissimè obligationes postremo loco esse reservatas & rectissimè ab illis ad tractatum de actionib. transiri. Dices Actionem quoque esse rem quandam incorporalem? Non nego, sed tamen novū caput juris constituunt actiones à rebus separatum, ideo quia priorum obtinendorum gratia comparatæ sunt, ut taceam quod nimis prolixum euasisset caput de Reb. si etiam actiones sub eo fuissent comprehensæ & expositæ.

Bbbb Præ-

Præstantia autem & insignis utilitas hujus tit. vel ex eo satis apparet, I. Quòd actionibus continetur quasi executio quædam omnium superiorum & per eas ad finem juris, qui est suum cuique tribuere, pervenitur. Nam si quis ultrò & bona cum gratia suum consequi non possit (ut ferè per hominum improbitatem & avaritiam non possumus) nulla est alia via, nulla ratio, qua ad id perveniat, quam per actiones & judicia, quæ proinde in invitum reddi dicuntur. *l.83. inter. §.1. D. de V. O.* Et debitor dicitur is, à quo invito exigi potest pecunia. *l.108. D. de V. S.* Atque hæc est necessitas illa, quæ supra nominabatur in definitione obligationis. Neque enim per vim aut terrorem, sed per legitimas vias ac judicia à debitoribus id quod nobis deberi putamus extorquere debemus, ut infra dicetur ad definitionem actionis.

Deinde nihil ferè est in toto jure, quod in hunc tit. non incurrat, ut infr. apparebit. Huc accedit quod nusquam in toto jure ita ex professo & plenè de actionibus tractetur, omnesque earum divisiones uno loco tàm aptè & concinnè explicentur, quàm fit sub isto tit. Ut cum in alijs tit. interpretandis multa sæpè ex Pand. nos mutuari & huc conferre oporteat: hìc contra accidat, & multa occurrant quæ nusquam in Pand. reperias & quibus ad earum leges interpretandas uti possis. Qualia sunt cum alia tùm enumeratio actionum Bonæ fidei *in §. actionum infr. h. t.* quod & Cujac. admonuit *lib. 11. obs. cap. 38.* Cum igitur totum hoc opus Instit. planè sit aureum: hic tit. in eo tanquam pretiosissima gemma in auro eminet: quod idcirco breviter attingere volui, ut, quanti eum facere debeamus, initio constet.

Porrò non incommodè hunc tit. in 4. partes distribuemus, quarum, I. Definitionem habet actionis. II. Quinque divisiones actionum continet. III. De plus vel minus petitionibus. IV. De ijs, à quibus non semper solidum consequimur agendo. Quæ priusquam ordine explicemus, de verbo actionis alijsq; ei affinibus breviter videndum erit. *arg. eorum quæ tradidit Vlp. in l. 1. D. de reb. cred.* Nam de illa quæstione: Sintne actiones ex jure gentium, an civil:, Bodeus videatur, &c. Actio igitur ab agendo dicta est. Agere autem varia significat, proinde & actio. Et quidem eæ significationes, quæ à jure alienæ sunt, aliunde petantur. In jure actio interdum dicitur formula certa & conceptio verborum, qua JC. vel prætores modum agendi in singulis causis præscribebant, quam formulam præcisè & exactè observare oportebat, nisi quis causa cadere vellet: quod etiam dicitur Formula excidere. Sic *in l. 2. §. deinde ex his. D. de Orig. jur. & Cic. pro Q. Roscio,* sunt jura sunt formulæ de omnib. rebus constitutæ, &c. & mox seipsum explicans: ne quis in genere actionis erraret. Idem pro Murena Jurisconsultos exagitans, Gloria militaris, inquit, vestris formulis atque actionibus anteponenda est. Sed in illo significatu, verbum illud accipere hic non possumus: cum solennes illæ formulæ sublatæ sint *tit. C. de form. & impetr. act. sublat.* Quanquam inde adhuc passim actiones dicuntur formulæ *l. si servus ff. de furt.* sic Formula Fabiana est actio Fabiana apud *Paul. 3. sent. tit. 3. sic formula famil. ercisc.* communi divid. finium regund. sunt actiones illæ apud Vlp. tit. 19. & Formula hypothecaria, (ad quam Marcianus librum singularè scripsit) est actio hypothecaria

caria in inscript. *l. 5. D. de pign. & hypoth. & in dic. P. F.* Secundo actio accipitur pro jure & facultate agendi & suum jus in judicio persequendi. Et hæc quoq; significatio multiplex est. Nam quod in alijs verbis in jure accidit, ut propter egestatem linguæ & rerum novitate varie accipiantur, nunc latè nunc anguste, idem etiam in actionis verbo videre licet. Alias enim anguste ac proprie, alias late, alias deniq; latissimè sumitur. Et primò quidem strictè dicitur actio ea tantum q̃ est in personam, ac distinguitur à petitione, quo nomine propriè dicitur actio in Rem, item à persecutione quæ est extraordinaria quædam petitio vel actio. Huc pertinet. *l. 25. actio. D. de obl. & act.* Et ita quoque ferè in inscriptione ipsa ejus tit. sicut & *l. 178 pecuniæ. §. actiones. 2. D. de verb. signif. §. est autem. supr. Quib. mod. toll. oblig. & l. 8 & uno. §. 1. D. de accept.* Secundo actionis nomen quandoque generale est ad omnes tam in rem quàm in personam actiones pertinens, quæ quidem significatio frequentior est & in hoc quoque tit. capienda, sic usurpatur *in l. 25. actionum. D. de oblig. & act. & d. l. pecuniæ §. actionis. D. de V. S. & in l. ult. C. de hered. vel act. vend.* Tertia significatio est latissima, ut actionis verbum complectatur non modò actiones in rem & personam, sed etiam stipulationes prætorias, quæ instar actionum obtinent, *ut & sup. d. ad tit. de divis. stip.* Interdicta item & præjudicia, quæ tamen omnia propriè loquendo ab actionib. distinguuntur. *l. 35. §. non solum & l. 39. D. de procur.*

Ita usurpatur hoc verbum *in l. 37. actionis in pr. D. de oblig & act.* Sic interdictum quod vi aut clam dicitur etiam actio *in l. 43. ob id. D. ad l. Aquil. & l. 3. D. de mort. infer.* Sic interdictum unde vi dicitur actio possessionis recuperandæ *in l. 1. C si per vim vel alio modo.* Imò etiam in integrum restitutio minorum dicitur actio *in d. l. 39. §. est & casus. D. de procur.* Cum tamen ex illo edicto nulla propria actio vel cautio proficiscatur sed tota res pendeat à cognitione Prætoris, *teste Paulo in l. 24. quod si minor. §. ult. D. de minor.* Sic & Exceptio actionis verbo continetur in edicto de dolo malo. *l. 1. §. 4. ait prætor. D. de dolo malo.* Sic persecutio quoque *l. 34. Actionis verbo. D. de V. S.* quæ aliàs ab actione distinguitur, *ut in locis supr. dictis & in d. l. pecuniæ.* Denique non modò actiones civiles & privatæ, sed etiam publicorum judiciorum accusationes dicuntur actiones, ut actiones capitales *in l. pen. D. si ex nox. caus. ag. & l. un. C. Quando civ. act. crim. præjud.* Sic actio stellionatus dicitur *in l. 1. D. Stell. quæ in l. 3. D. eod. dicitur* accusatio stellionatus. Sic Cicero quoque Actionem perduellionis intendere dixit pro Milone & alibi. Sic & verrinæ orationes ejusdem quamvis nihil sint aliud quàm accusationes, tamen Actiones inscribuntur. Quærunt Dd. An & officium judicijs actionis verbo contineatur? Quamvis autem hæc duo Actio & officium judicis propriè loquendo differant, *l. 49. qui per collusionem. §. 1. D. de act. empti. & l. 54. D. loc. l. 4. C depos. & l. 58. deducta. D. ad SC. Trebell. l. 7. D de neg gest. c. 2. ext. de off. jud.* Interdum tamē in latissima significatione hoc verbum etiam eo contineatur. Nam officium judicis quoq; per actionem proponitur & æquè requirit litis contestationem atque actio. *d. c. 2.* Quod autem vulgo partiuntur officium judicis in Nobile & Mercenarium vix est ut probari possit. Confundit .n. ea divisio Magistratum ejusq; imperium ac jurisdictionē cum judice. Et nobile officium

 ipsi

ipsi vocant quod JCtis est Jurisdictio. Ac probatur mihi quod scribit Cujacius *Tract. 3. ad African.* officium judicis nullum esse potest nisi sit actio, cui adhibeatur. Qua de causa Mercenarium id appellârunt Dd. nostri, quasi alienæ serviat actioni, gratuitò mallem quàm mercede, aut honestiori vocabulo officium Judicis significaretur.

Porrò sæpissimè Judicium quoque usurpatur pro actione. Hinc dicimus Judicium pro socio, Judicium Mandati, &c. familiæ ercisc. communi dividundo, finium regund. tutelæ, &c. Exempla infinita sunt adeò ut annotare ea sit otio abuti. Propriè tamen Judicium est totus ille actus legitimus, quo de re dubia & controversa inter actorem & reum disceptatur, & in quo tandem post causæ cognitionem Judicis sententia definitiva interponitur: & judicium dicitur accipere is, qui litem contestatur. Causa, Lis, Controversia quomodo differant ab actione alibi videatur, ut & de his duabus quæstionibus quæ hîc moveri solent: I. Sint ne actiones ex jure gentium, an vero ex jure civili. II. An actionis nomen in libello necesse sit exprimere. Nos ad definitionem actionis properemus. Ea totidem ferè verbis extat *in l. 51. nihil aliud. D. de oblig. & act.*

Nihil aliud, inquit Celsus, est actio, quàm jus quod sibi debeatur judicio persequendi. Ait, Nihil aliud est quàm. Quæ verba ornatus gratia addi solent à JCtis in definitionibus, ut videre est etiam in definitione hæreditatis. *l. 24. Nil est aliud. D. de V. S.* collata cum. *l. 62. Hæreditas. D. de R. I.* Jus hîc significat facultatem sive potestatem à jure concessam, perinde ut in definitione ususfr. *supr. tit. de usufr. in pr. & l. 1. D. eod.* & in definitione itineris, Actus, viæ, aquæductus *in pr. tit. supr. de servit* & in definit. Bonorum possessionis. *l. 3. §. 2. D. de bon. poss.* Sic. JCti ipsi hoc verbum interpretantur, ut *in l. 1. D. de eo quod certo. loc.*

Non videbatur, inquit Cajus, agendi facultas competere, & *in l. 6. §. ult. D. de neg. gest.* Quoniam, inquit Julianus conveniendi eos judicio facultatem non habuit qui nullam actionem intendere potuit. Et rectè quidem facultas. Actor enim in potestate habet quando utatur suo jure. *l. 5. pure. §. ult. D. de doli & met. except.* Invitus autem agere vel accusare nemo cogitur, *ut est in tit. C. ut nemo invitus*, &c. Volunt Dd. quasdam actiones esse facti: de quibus illi commentantur *ad l. 17. cum proponas. & ad l. 40. C. de transact.* Sed eos refellit hoc ipsum verbum definitionis. Omnis enim actio est Jus. *Vide Giphan. in lib. de divis. juris.* Persequendi verbum à feris translatum esse vult Donellus *hîc nu. 7.* Nam quemadmodum feræ, cum sibi retia tendi & insidias strui animadvertunt, fugiunt: ita & reorum proprium est fugere ac tergiversari. Nam causa semper in omni Judicium spoliatus amat: qui possidet, odit: ut eleganter ait Guntherus *lib. 1. vers. 628.*

Unde & Græci oratores actorem vocant τὸν διώκοντα, q. d. persecutorem; reum τὸν φεύγοντα; ut annotavit Budæus in comment. Græcæ ling. & ita usurpat Imp. Hadrian. *l. 48. pars. D. de judiciis.* Hinc & Justinianus græcissans fugientem dixit pro reo. *l. 13. properandum. C. de judiciis & l. 2. in pr. & §. 4. sed quia veremur. C. de jurejur propt. cal. dand.*

Et huc,

Et huc, opinor, respexit Theoph. cum scriberet, actionem inde dictam esse, quod per eas homines improbos in judicium agamus seu ducamus: quem operosè refutat Donell. *num.4.* Additur autem in definitione, in judicio: I. ut removeantur persecutiones extraordinariæ, quæ non fiunt in judicio, sed in jure, sive apud prætorem aliumve magistratum pro tribunali, ut olim priusquàm legata fideicommissis exæquarentur, fideicommissa extra ordinem petebantur cognitione prætoris fideicommissarij. *d.l.178.§.2.vers.persecutiones & §. ult. D. de V.S. Vlp.tit.25.§.fideicommissa & dixi sup. ad §.1.de fideicom.hæred.* Deinde ut excludatur omnis violentia privata. Idcirco enim Judicia & actiones comparatæ sunt, ne quis sibi ipsi jus diceret, aut sua in re judicaret, ut habet *tit. C. ne quis in sua cauſ.* Nec debet Prætor pati, ut procedant ad rixam & ad arma, quos potest sua jurisdictione compescere *l.13.§.3.sed si inter duos D. de usufr.* Hinc eleganter ait Cassiodorus *4 Var.10.* Hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur. Pauci tamen sunt casus. Sic & alia sunt, quæ nobis permittuntur extra judicium & sine aliqua actione, ut debitorem fugitivum & secum ferentem pecuniam potest creditor propria autoritate consequi & prehendere, eique debitum auferre. *l.10.ait prætor.§.16.si debitorem.D.Quæ in fraud.credit. Gell.lib.2.obs.44.* Item post creditor non reddita sibi pecunia propria autoritate fundum sibi suppositum ingredi, si ita convenerit, ut hoc ipsi liceret. *l 3.C.de pign.* Potest denique jure feudorum vasallus aliquando deprædari dominum: ut explicatur *ad §. ult. de milit. vasallo qui contumax est.* Extra hos casus nemini licet jus suum privata autoritate aut per vim persequi: sed oportet hoc judicio & legibus facere. Judicis officio sua cuncti jura sequantur, contineantq; manum: inquit Imp. Fridericus Barbarossa apud Guntherum *lib.8.v.664.* Idcircò enim judiciorum vigor, jurisq; publici tutela videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem: ut est elegans *text. in l.14 nullus.C.de Iudæis & cœlic.* Alioqui enim & creditor jus crediti amittit, & dominus rei suæ dominium, non dominus rem restituit cum ejus æstimatione, & aliis insuper pœnis afficitur, quæ violentiæ propositæ sunt: *l.12. sed & partus.§.ult.& lege seq. extat.D.Quod met.causa. l.7. si quis in tantam.C. unde vi. Quæ de re & sup dixi ad §.1. de vi bon.rapt.*

Additur postremò, quod sibi debetur. Quibus verbis Hotoman. *hic in comm. & 3. obs.c.17.* addit, suumve est, ut sit plena definitio, ut quæ tantùm actionibus in personam conveniat. Alij defendunt, hanc definitionem omni actioni competere, etiamsi nihil addatur: *ut Cujac.hic in Notis. & Borcholt. ac Donell. in comment.num 9.& 10.* Hotomanni ratio est, quia diversa sint hæc duo, Aliquid alicui deberi, & aliquid suum esse. *l.27. Quintus Mutius.§.2. & l.34. scribit. D. de auro & arg. leg.* Quod alicui debetur, ipsius non est. Quod alicujus est, id ipsi non debetur, non enim amplius ejus fieri potest. *§.sic itaque inf. h.t.* Etsi enim sæpè in ll. dicitur, creditor suum consequi, etiam ex actione personali: tamen suum in omnibus illis locis accipiendum est, non suam rem, sed suum jus. Quid enim si mihi obligatus sis ad faciendum v.g. ut insulam mihi ædifices, ut pro me

Romam eas? hîc certè si tecum agam, non consequar rem aliquam meam. Eodem modo in actionib. pœnalibus res habet. Ita ferè Hotom. *d. c.17.* Et sanè si rem ipsam spectemus & mentem quoq; JCti *in d.l.51.D.de ob.& act.* nihil verius videtur quàm hanc definitionem tantum ad actiones in personam pertinere. Nec obstat quod verbum debendi sit generale, & omnem omnino actionem comprehendat. *d.l.178 pecuniæ.§.ult.D.de V.S.* nam omnis actio ibi intelligenda est personalis. Idem dicendum est *ad l.10.* creditores cum 2.seqq.& *ad l.108.debitor. D.h.t.* Non obstat quoq, quod verbum obligationis etiam de actionibus in rem usurpetur. *§.item si. inf. de except.l.ult.C.de compensat.* Ibi namque obligationis verbum valde impropriè & latè accipitur quemadmodum & in *l.52. D.de obl.& act.* In definitionibus autem verba propriè poni debent, ut Aristoteles quoq; præcipit *in Topic.* Neque videtur concedendum, quod ajunt, deberi nobis si non ipsam, saltem ejus restitutionem. Nam quòd domino, qui in rei vindicatione rem suam esse probavit, res restituenda est, id non fit ex delicto aut obligatione, aliqua præcedente. Agit enim cum eo, qui nullo jure ei obligatus est. *§.1.inf.h.t.* Sed officio judicis *l.9.& l.68.qui restituere.D.de rei vind.* Nec ad rem facit *l.82.Nemo D.de V.O.* Nihil enim aliud ibi dicitur quàm hoc, posse me stipulari, ut res mea mihi restituatur. Etsi autem eo casu mihi debetur restitutio rei meæ, tamen aliud est dicendum, si nulla intervenerit stipulatio & tantum in rem agatur. Quicquid sit, dicendum videtur, Justinianum voluisse hanc definitionem intelligi generaliter tàm de actione in rem, quàm in personam, quamvis quoad actiones in rem abutatur debendi verbo, & id latissimè accipiat. Alioquin perabsurdum esset, cum de omnibus in genere actionibus agere institueris, unius tantum speciei definitionem tradere. (Liceat ita quoque definire actionem in genere, quòd sit juris sui persecutio in judicio facta. Jus suum comprehendit & jus in rem, ut sunt dominium, servitus, pignus: & jus in personam, ut obligatio.) Sed secundò huic particulæ definitionis obstat, quod quædam non debentur actori & tamen de illis actio alicui datur. Ut videre est in actionibus popularibus. Item in actione injuriarum. Actio popularis est quæ jus suû populo tuetur. *l.1.D.de popul.act.* non igitur privatim aliquid debetur ei, qui his actionibus agit. Ideoque non intelligitur esse locupletior. *l.pen. D.d.t.* Resp. Post litem contestatam tamen fit locupletior, & creditor esse incipit, qui prius non erat. Antea enim dubium erat, an lis contestaretur, an non. Ut ita ex eventu appareat debitum ipsi fuisse. Sic de actione injuriarum dicendum, quæ & ipsa ante litem contestatam negatur computari in bonis. *l.28. injuriarum. D. de injurys.* Ratio est, quia non persequitur damnum rei familiaris, sed meram continet vindictam. *l.2.§.4.de collat.bon.& dixi sup.ad tit.de injur.* Sed tamen hæc ipsa vindicta & pœna injuriarum rectè dicitur deberi actori postquam litem contestatus est. Tertiò obstat, quòd procurator, & tutor & curator potest agere, cum tamen non ipsis debeatur, sed domino, qui procuratorem dedit, vel pupillo vel adolescenti. Resp. hi omnes sunt domini loco, cum ejus voluntate & mandato experiantur, vel ratione officij & administrationis. *l.56. interdum §. pen. D. de furt.*

de furt. l.7.§.3. si tutor.D. pro empt. l.27. D. de adm.tut. Et cum dicimus, persequendi, intellige, vel per se vel per alium. De aliis dicetur *inf.tit.10. de his per quos age. poß.*

Ad §. 1. Omnium autem.

Ex quinque divisionibus actionum, quas h. t. contineri diximus prima & summa omniumq; celeberrima hîc affertur, quæ est & apud Ulp. *in l.25. actionum.D. de obl. & act.* Breviter, Actionum genera duo sunt: Aliæ enim sunt in rem, aliæ in personam, quæ & personales aliquando dicuntur, sed ab iis, qui minus eleganter locuti sunt, ut *l.8. quamvis.C. de pign. l.ult.C. de obl. & act. l.7. his solis. C. de revoc. donat.* Utitur tamen & Ulp. *l.3.D. ad exhib.* Actiones in rem uno nomine appellantur vindicationes, item petitiones; In personam condictiones. *d.l. 25. & l.28. actio. D. de obl. & act. & §. appellamus. inf. h.t.,* Vindicatio (non vendicatio) & vindicare dicta sunt à vindiciis, quæ nihil aliud erant apud veteres quàm lis de possessione rei controversæ, *teste Ascon. Padiano in 3. Verrina, & Budæo annot. priorib. ad Pand.* Erant etiam Vindiciæ glebæ, quæ ex fundo in jus vindicandi causa afferebantur: *teste Gellio lib.20. c 9.* Condictio à condicendo, quod prisca lingua erat denunciare: ut cœnam alicui condicere, vel etiam absolutè dicere apud *Cic. Plaut. Sueton.*

Ratio divisionis hujus bimembris est, quia quicquid actione aliqua persequimur, id vel nostrum est, vel nobis debitum: sive, quia rerum, quas per actiones petimus, duo summa sunt genera: dominium, aut aliud aliquod jus dominio affine, & obligatio. Ex dominio alióve quo jure oriuntur actiones in rem: Ex obligatione actiones in personam. Actiones porrò in rem alij dictas esse volunt ideo, quia ad rem ipsam, quæ petitur, dirigantur atque intendantur: ut actiones in personam, quæ ad personam obligatam dirigantur. Alij IN hîc idem valere volunt quod ADVERSUS: quasi actio in rem sit, quæ adversus rē ipsam, actio in personam, quæ contra personam obligatam competat, *Ita Cujac. & Donell. hîc.* Nituntur *arg. l.7. Impp. de public. & vectigal. & l.19. Deniq;. D. de ju. fisci.* Ubi ipsa prædia, ipsæ res dicuntur conveniri. Ego didici, à formula conceptionis ita dictas esse has 2. species actionum, quia scilicet in actionibus in rem formula sit generalis, sine ullius personæ mentione: ut, Hanc rem meam esse ajo. In actionibus vero in personam formula continet mentionem certæ personæ à qua petitur: ut si paret Titium Sempronio dare facere oportere. *ut hîc in verb. Adversarium ei dare, &c. & §. sic itaque inf. h.t.*

Sic & pacta in rem dicuntur, quæ generaliter sunt concepta, nulla personæ facta mentione, ut pactum ne petatur. Contrà in personam, in quibus nominatim & specialiter certæ personæ exprimuntur: ut pactum ne ego à Titio petam. *l.7.§.8. pactorum. D. de pact.* Sic generaliter & in rem loqui idem valent. *l.9. metum. §. 1. D. Quod met. ca.* Et actio in rem scripta dicitur à formula conceptionis generali. *d.l.9.§. ult.* ut & exceptio quod metus causa. *l.4.§. pen. D. de dol. m. & metus except.*

Et resti-

Et restitutio in integrum interdum in rem datur minori, id est, generaliter, quicunque etiam possideat rem, in qua læsus est. *l. 13. in causa. §. ult. D. de minorib.* Et interdicta omnia in rem videntur concepta, vi tamen ipsa personalia. *l. 1. §. pen. D. de Interdictis.* Quod autem in *d. l. 7.* Imperatores. & *d. l. 19.* denique dicitur ipsa prædia, & ipsas res conveniri, id intelligendum est per Metaphorâ dictum esse, hoc sensu, In vectigalib. non spectari, quis sit dominus prædij, sed quis sit possessor: & hunc ea exigi; ut quodãmodo ipsa prædia conveniri videantur. Contra actiones in rem scriptas disputat & Coras. Miscell. Sed huic divisioni occurritur, eaque imperfectionis arguitur vulgò, ut in qua omittantur I. actiones in rem scriptæ: II. actiones mixtæ, quæ scilicet partim in rẽ sint, partim in personam. Sed de his infra dicetur *ad §. quadam h. t.* De actionibus in rem scriptis sciendum, à Dd. excogitatam esse hanc novam speciem, sed perperàm, cum & hæ revera sint in personam. V. G. actio quod metus causa, actio ad exhibendum (hanc Donellus putat esse in rem) actio noxalis, condictio ad revocandam donat. finium reg. ex interdictis; certè sunt in personam, quia ex delicto aut q. delicto quodam. Nec obstat, quod hæ actiones quædam habeant, communia & quandam similitudinem cum actionibus in rem; v. g. quòd non semper contra eundem dentur, sed contra quemcunque possessorem. Habent quidem hoc actiones in personam, ut adversus eundem dentur, sed hoc non est perpetuum, neque ad essentiam earum pertinet. Et quod *in l. 25. actionum. vers. in personam dicitur semper,* notum est in jure sæpè adverbium semper significare idem quod plerumque: ut cum dicimus, Dotium causam semper & ubique præcipuam esse. *l. 1. D. de soluto matrim.* Sic & passim in R. I. Definitur autem actio in personam, qua quis agit cum eo, qui ei obligatus est ad dandum aut faciendũ vel ex contractu, vel maleficio, vel aliis quibusdam modis, *ut hic & d. l. 25.* Ait Imp. Et aliis quibusdam modis: quæ verba Cujac. conjungit cum proximis illis, quæ formulam actionis in personam exprimunt, & accipit de in rem scriptis. Mihi rectius videntur ea connectenda cum illis, vel ex contractu vel ex maleficio: ut his verbis intelligamus q. contractus & q. maleficia, nisi hæc velimus comprehendere sub contractibus & maleficiis: & alios illos modos accipere cõtractus innominatos, *ut supra dixi ad tit. de obligat.* accipi posse illa verba *in l. 1. in pr. D. de obl. & act.* proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Observetur hîc formula agendi in act. pers. in verb. per quas intendit, Adversarium ei dare aut facere oportere: *de qua & inf. §. sic itaq. h. t. & § 1. inf. de except.* Actio in rem est, qua quis petit rem suam, quæ ab alio possidetur *d. l. 25. quæ definitio est rei vindicationis,* id est, unius speciei ex hoc genere, de quo mox dicetur. Hæc actio non oritur ex aliqua obligatione, ut superior: (Agimus enim hîc etiam cum illo, qui nullo jure nobis obligatus est: & tamen rectè ei controversiam de re aliqua movemus: *ut hic dicitur:* & vindicatio non obligat personam, sed rem sequitur *l. 2. C. si unus ex plurib.*) Sed oritur ex jure aliquo in rem nobis competente: v. g. ex dominio, ex servitute, ex pignore vel hypotheca. *vide Cujac. 5. obs. c. 29.* Dices, Multas esse etiam in personam actiones, quibus rem nostram petamus: ut depositi, commodati, pigneratitia, locati, &c. Resp. In his actionibus

non

non petimus rem, ut nostram, sed ut à nobis depositam commodatam, &c. quod fieri potest etiamsi res nostra non sit. Deinde has res non petimus à possessoribus, sed ab iis, qui non sibi sed nobis possident, sive per quos ipsi possidemus. Sed in rem actione petimus rem nostram ab alio possessam. Additur autem in definitione, quæ ab alio possidetur, nam domino rem suã possidenti non datur hæc actio. Sufficit enim ipsi quod possideat. § *aequè.vers.quod genus.inf.h.t.* Neque datur nisi contra possidentem. *l.9.officium. D. de rei vind.* Non tamen propterea dicendum est, rei vindicationis causam alteram esse possessionem adversarij: nam unica ejus est causa, dominium scilicet *l. 23. in rem. D. de rei vind.* de quo paulo pòst. Differunt autem inter se actiones in rem & in personam cùm aliis in rebus tum potiss. in hisce. 1. in nomine, de quo sup. d. 2. quoad causam. Actiones in rem nascuntur ex jure in rem, ut dominio, servitute, pignore, superficie, emphyteusi, &c. in personam ex obligatione vel contractus, vel delicti. Ideoque illæ domino aut simile jus in rem habenti: hæ non domino dantur. Unde fluit. 3. Quòd actione in rem petit quis id quod suum est: in personam id quod sibi debetur, sive (quod eodem recidit) actione in personam petimus aliquid nobis dari vel fieri; actione in rem, ut declaretur nos esse dominos rei, vel jus rei ad nos pertinere. Nam quod possessionis & fructuum quoque restitutio facienda est, id fit non tàm jure actionis quàm officio judicis. *l.9.l 35.& ex diverso.§.1. ubi.l.68.qui restituere.D.de R.V.* 4. Differunt formula agendi: *ut & sup. d.* 5. Actio in personam datur adversus eundem qui contraxit vel deliquit, quod tamen non est perpetuum ut sup. d. Actio in rem semper adversus eum, qui possidet, quicunque ille sit. 6. Actio in personam datur adversus hæredes, nisi sit pœnalis ex maleficio: *de quo inf. tit. XII.* & quidem inter plures hæredes ipso jure dividitur ex 12. tabulis. *l.1.& 2.si unus ex pluribus l.1.C. si cert.pet.l.1.C. de except.l.10.C.de ju.del.l.ult.C.de act.hared.l.25.§.idem.D.fam. ercisc.*

Actio in rem non datur adversus hæredem, nisi quatenus simul etiam possidet. *l.42.si in rem.D.h.t.* neque dividitur inter plures. *d.l.2.l.7.his solis. C. de de revoc.donat.* 7. præterea differunt, quoad executiones. Nam actione in personam condemnatus habet inducias quadrimestres à jure concessas. Actione in rem, non itẽ, sed ibi statim faciẽda est restitutio. *l.21.debitorib.D.de re jud.l.2.& 3. C de usur.rei jud.* 8. Differunt quoque quoad locum judicij. Nam in actione in personam spectatur domicilium rei conventi, sive ejus, à quo petitur. In actione v. in rem simul spectatur locus, ubi est res petita. Quia actio hæc semper sequitur rem ipsam. *l.ult.C.ubi in rem act.exerc.deb.& d. l. 2. si unus ex pluribus.* 9. Præterea actiones in personam sunt ferè durabiliores quàm actiones in rem, hæ enim excluduntur 10. vel 20. annis, cum illæ durent annos 30. *l. sicut. C. de præscr. 30.ann.& l.4.C.in quib.caus.ceß.longi temp.præscr. l.7. C. de petit. hæred.* Erat olim & alia differentia, ut in compensatione, quæ in actione in personam fiebat ipso jure: in actione in rem non item, & in satisdatione quoque. Sed utramque sustulit Justin. ut dicemus ad §. *in bonæ fidei. inf. h. t. & §. sed hodie inf. de satisdat.* Ait Imp. Apud judices arbitrosve, Inter hos quæ sint differentiæ

Cccc exponam

exponam *inf. de off. jud.* Nunc catalogum exponamus Actionum in rem. Sunt igitur hæ vel universales vel speciales. Universales sunt, quibus aliqua universitas petitur, ut 1. Querela inofficiosi testamenti. 2. Petitio hæreditatis. 3. Actio si pars hæreditatis petatur. 4. Possessoria hæreditatis petitio. 5. Fideicommissaria hæreditatis petitio. De quibus omnibus toto ferè lib. 5. D. ordine explicatur. Speciales in rem actiones sunt, quibus res singulæ petuntur, sive sint corporales, sive incorporales, ut 1. Rei vindicatio. 2. Confessoria: 3. Negatoria. 4. Publiciana. 5. Actio rescissoria. 6. Pauliana. 7. Serviana. 8. Quasi Serviana, sive hypothecaria. 9. Actio de agro vectigali sive actio Emphyteuticaria. 10. Superficiaria. 11. Accessit moribus nostris Actio de Feudo.

Ad vers. Veluti si rem corporalem.

De rei vindicatione prima & nobilissima specie actionum in rem cum multa afferri possint, ut de qua prolixus extat tit. in D. & C. tamen neque omnia hîc neque nihil dicere oportet. Tantum igitur videamus 1. de nomine hujus actionis, 2. cui ea detur, & 3. contra quem. & 4. quibus de rebus. Nam de exitu hujus actionis, qui est rei ipsius restitutio cum fructibus & omni causa, dicetur ad §. 1. *etsi in rem. inf. de off. jud.* I. Hæc actio commune nomen omnium actionum in rem suum fecit, ut dicatur vindicatio. *l. 4. 7. 56. vindicatio l. 76. quæ de tota. §. incertæ. D. de R. V.* vel cum adjectione, Rei vindicatio, ut in ipsa inscriptione *tit. D. & C. l. 7. § 8 in publiciana. D. de publ.* Item ut dicatur simpliciter actio in rem, q. per eminentiam. *l. 5. & 6. l. 23. 27. 36. 39. 41. 51. 52. 64. 75. l. ult. D. d. t.* Denique dicitur etiam specialis in rem actio. *l. 1. l. 27. si autem. §. si homo. l. 73. in speciali. D d. t.* Idque ad differentiam universalium in rem actionum: quas sup. dixi. Vocatur etiam lis dominij & judicium petitorium. II. Rei vindicatio datur domino, qui possessionem rei suæ amisit. *ut hic. & §. æquè. vers. nam in his. inf. h. t.* Oritur g. hæc actio ex dominio. *l. sive hoc jure gent.* sive jure civili acquisitum sit. *l. 23. in rem. D. de rei vind.*

Quod autem vulgo addunt etiam alteram causam huius actionis, nimirum possessionem & detentioné adversarij, *arg. l. 1. C. de alien. jud. mut. caus. facta:* Id probandum non videtur. Nam docuit Ant. Contius, ejus legis veram lectionem hanc esse: Cum in rem actioni possessio pariat adversarium, &c. (Vulgo ita: cum in rem actionem possessio pariat adversario) Etenim qui in rem agit, non ex eo metitur jus, quod possessor occupavit, sed suo jure. *arg. l. 1. §. 1. D si pars hæred. pet.* Quanquam hoc verissimum sit, ab hac actione absolvi eum, qui non possideat, de quo paulò post. Hinc simul intelligitur: quid probare debeat actor, nempe, rem suam esse, dominium rei, quam petit, ad se pertinere, utpote quæsitum sibi aliquo eorum modorum, de quibus sup. *lib. 2. & 3. initio dictum.* Nemo tamen regulariter cogitur docere titulum, unde dominus factus sit. *l. 16. sive possidetis. C. de probat.* Quæ probatio sæpè difficilis est: Ideoque tutius esse tradunt, ad Publicianam confugere, utpote in qua sufficiat, si bona fide aliquandiu possederis: quidam etiam volunt, eam rectè cumulari cum rei vindicatione,

sive eodem libello proponi: de quo infra. Et hæc de directa rei vindicatione. Utilis autem etiam non domino datur, eive, qui dominus esse desiit. *l.9.§. Aphenus, D.de dam.inf.& dixi sup. de rerum divis.* Sic Emphyteuta verè dominus non est, (vulgo dicitur utilis dominus,) & tamen rei vindicatio datur ipsi, Quanquā verius videtur propriam actionem ei dari. *l.1. in fi. D.si ager Vectigal.* Sic superficiario, id est, ei qui alieno in solo superficiem ita habet, ut pensionem certam præstet, prætor in rem actionem pollicetur. *l.73.§.ult.& 2.seqq.D. d.t.l.1. §.sed longè.D.de superfic.* Sic vasallo datur utilis rei vindicatio. *§. rei autem. tit. de investit.de re al.fac.* Similiter illa datur emptori, cui cessa est aliqua in rem actio. *l.ult.C.de hered.vel act.vend.* II. Datur rei vindicatio contra possessorem: *ut hic in verb. si rem corporalem possideat quis.l.9.officium. l.36. qui petitorio. D. de R.V.*

Possessio enim parit adversarium huic actioni. *ut sup. d. ex l. 1. C. de alien. jud.mut.causa facta. l.1.& ult. C. ubi in rem actio exerc. deb.* Possidere hîc intelligimus eum, qui ita tenet rem, ut habett ejus restituendæ facultatem. *d. l. 9. in fin.* Aliter tamen Donell. Et quidem necesse est, ut duobus temporibus possideat reus: & tempore litis contestatæ, & quo res judicatur: aut certè tempore rei judicandæ. *l.27.sin autem.§.1.D.d.t.* Si reus non possideat, absolvendus est. I. Nisi vel dolo desierit possidere. *d.l.27.l.17.Iulianus.§.1.vers. quod si dolo. l. 22. quod si dolo.l.68.qui restit. & l. seq.& l. 71. quod si possessor. D. d.t.* Et hinc dicitur dolum pro possessione esse. *l.131. qui dolo.l.150.parem. D.de R.I.* Ac permittitur hoc casu actori in litem jurare, ut tanti reus damnetur *l.68.qui restit.§ si v.non potest. D. d.t fac.l.5.D.de in litem.jur.* Si tamen jurare nolit, mos ei gerendus est, ut quanti res sit condemnetur. *l.71.quod si possessor. D. d.t.* Potest enim unusquisque suo favori renunciare. II. Nisi liti se obtulerit, & in eo perseverârit ad litis contestationem. *l 7. 25. 26. 27.D.de R.V. l.41. Qui se liti.D.de hæred. petit.* Is enim r. propter dolum suum, quo actorem decepit, æquè condemnandus est ac si possideret, siquidem actor ignoret, nam si actor sciat, ipsum non possidere, reus absolvitur, cùm actor à seipso deceptus sit. *d.l.26.D.d.t.* Ergo ne quis frustra hac actione experiatur, interrogare debet reum, an possideat, vel dolo desierit possidere. *l.36.qui petitorio.D.d.t.* Quòd si reus neget se possidere, & convincatur mendacij, res est expedita. Tum enim possessio officio judicis transfertur à reo in actorem, etiamsi is non probaverit, rem esse suam. *l.ult. D. h. t. fac.§. Vasallus. tit.si de feud.defen.contentio.sit init.dom.& agn.Vas.lib.2.tit.26.*

Volunt autem in possessore hoc amplius requiri, ut rem contrà vindicet, id est, se dominum ejus esse dicat. *ut hic Imp.ait.* alioquin enim inter eos nullam fore litem dominij. *Vide Cujac. cùm alibi, tùm in Recit.Decretal.ad c. 5. si clericus. ext.de foro compet.* Alij tamen (in quibus est etiam Donellus) negant hoc esse necessarium: I. Quia actore non probante reus, etiamsi nihil præstiterit, absolvatur. *l.4.qui accusare.C.de edendo.§.retinendæ.vers. commodum. inf. de interd.* II. Quia incivile sit, possessorem cogi ab eo, qui expetit dicere titulum suæ possessionis *l.11.cogi.C.de pet.hæred.*

Mihi prior sententia verior videtur, ut quæ confirmetur etiam formula antiqua vindicationis, de qua est *apud Gell. lib. 20. cap. 9. & apud Boetium in Topic. Cicer.* Nec obstat quod in contrarium affertur. Nam cum dicimus possessorem contrà vindicare debere: non continuò hoc volumus, eum ita probare debere intentionem suam, ut actor cogatur dicere titulum possessionis suæ. A separatis igitur non benè infertur. Porrò contra hæredem possessoris non datur hæc actio, nisi ipse quoq; possideat *l. 42. si in rem. D. de rei vind. & dixi sup. in differentiis.* III. Videamus, quibus in reb. locum habeat hæc actio vel non. Et ait Imp. In re corporali. Ulp. *in l. 1. §. 1. D. d. t.* In omnibus rebus (inquit) mobilibus, tàm animalibus, quàm his quæ anima carent, & in his, quæ solo continentur, id est, immobilibus. Exempla rerum mobilium: Servus, vestis, scyphus, mensa, liber, massa auri vel argenti, statua. Rerum immobilium, fundus, ager, ædes, insulæ, domus, vinea, pratum, campus, hortus, &c. Res incorporales, ut servitutes, hac actione non petuntur, vel ideò, quia propriè non possidentur. Diximus a sup. hanc actionem dari contra possessorem, vel ideo, quia demonstrari & manu tangi non possunt, ideoq; non rectè de illis usurparetur formula: Hanc rem meã esse ajo: quæ in vindicatione olim usitata erat. Rem corporalem hîc intellige, quæ sit in dominio & in commercio. Nam loca sacra & religiosa non possunt q. nostra in rem actione peti. *l. 23. in rem. §. 1. D. d. t.* Imò nec quæ adhærent religiosis. *l. 43. quæ religiosis. d. t.* Hinc fit, ut nec liberi homines, qui sunt in potestate nostra, vel liberi nostri hac actione peti possint, nisi adjecta causa, , ex jure Quiritium. *d. l. 1. §. 2. per hanc a. D. d. t.*

Porrò res singulas hac actione petimus: quamvis in grege vel armento non necesse sit singula capita vindicare: sed sufficiat gregem totum petere. *l. 1. §. ult. & 2. ll. seqq. D. h. t.* Diversum est in peculio, quod vindicari non potest. *l. 56. Vindicatio. D. de R. V.* R. Diff. explicat Donell. Quia peculium constat ex rebus ita dissimilibus, ut unum corpus ex illis confici non possit, cujus singulæ partes sint nostræ: v. g. ex mobilibus, immobil. corp. incorp. & nominibus. *l. 7. Quam Tuberonis. §. 4. in peculio. D. de pec.* At rei vind. est de una re, eaq; certa & nostra: aut certè de pluribus ita diversis, ut tamen unum inde corpus conficiatur. Oportet etiam rem certò designare, vel suo nomine, vel alia demonstratione, quæ sit vice nominis. *l. 6. si in rem. D. d. t. fac. l. 6. de reb. cred.* Item si partem quis petat, oportet addere quotam. Incertæ enim partis vindicatio non nisi ex justa causa admittitur. *d. l. 6. & l. 76. quæ de tota. D. d. t.* Error autem in nomine, si de re vel corpore conveniat, nihil nocet. *l. 5. §. pen. D. d. t.* Secus est, si tanta sit ambiguitas, ut non constet quæ res petatur. *d. l. 5. §. ult.*

Ratio, cur incertæ partis vindicatio non nisi ex causa admittatur est, quia sententia debet esse certa. *§. curare inf. h. t.* Ea vero debet esse conformis libello. *c. grave. 11. q. 3.* Si tamen reus nihil opponat de libelli obscuritate, sustinebitur ille: modò ex probationibus deinde certificetur. *c. 2. ext. de libell. obl. Gail. lib. 1. obs. 62. num. 9.* Putat Accurs. Quia Imp. hîc mentionem facit rei corporalis, inde effici, quasi servitutum nulla sit vindicatio, sed hoc falsum est, ut & Donellus hîc docet.

Postremò

Postremò hîc notandum, Sæpè concurrere cum rei vindicatione interdictum aliquod, sive judicium possessorium. Et quidem longè commodius est, si quis per interdictum adipisci possessionem possit atque ita adversarium ad onera petitoris compellere *l. 24. is qui destinavit. D. de R. V.* Imo etiam hoc permittitur, ut qui rem vindicare cœpit, possit pendente Judicio mutare consilium, & interdictum intentare *l. 18. §. ult D. de vi & vi arm. l. 16. §. 1. D. de acq. poss. c. 5. pastoralis ext. de caus. poss. & propriet. Hottom. ill. quæst. 31.* Quod autem jure Can. receptum est, ut petitorium cum possessorio cumulatur *c. 6. cum dilectus ext. de caus. poss. & propr.* id à jure civ. alienum videtur. Vide tamen *l. 10. nulli prorsus C. de judiciis.*

Ad §. Aequè si agat.

Secunda & tertia species actionum in rem hîc explicatur videlicet Confessoria & Negatoria sive negativa. His actionibus res incorporales, id est, jura servitutum vindicamus: cum rei vindicatio tantum habeat locum in rebus corporalibus, ut modò d. Initio autem hîc repetendum est ex doctrina *lib. 2. supr. de servit.* Servitutes alias esse personales, quæ à re debentur personæ, ut ususfr. usus, habitatio, aliâs esse prædiorum, sive, ut vocant, reales, quæ à re debentur rei. Et has rursum quidem esse vel prædiorum rusticorum, ut iter, actus, via, aquæ ductus, aquæ haustus, &c. Vel prædiorum urbanorum, ut jus altius tollendi, prospiciendi, servitus luminum, ne luminibus officiatur vel prospectui. Item jus stillicidij, jus fluminis recipiendi. Item proijciendi vel tigni immittendi, aut oneris imponendi in alienum parietem. Cujuscunque igitur generis sit servitus, datur de ea harum actionum altera, Confessoria inquam aut negatoria. Intellige de servitute jam constituta. Alioqui enim si vendita tantum vel promissa sit nec dum constituta, non in rem, sed in personam, utpote ex obligatione de ea competit actio, ut rectè hîc admonet *Hottomannus enunc. 1. & Giph. thesi penult.*

Confessoria actio aliter hîc significat quàm *in l. 23. inde Neratius. §. ult. D. l. Aquil.* Ibi enim confessoria actio nihil aliud est quam actio l. Aquiliæ, quæ adversus confitentem datur in simplum: hîc est ea, quæ datur illi, qui servitutem aliquam in re alterius sibi competere contendit, sicut negatoria est quæ cõpetit domino, qui negat servitutem à re sua deberi adversario jus aliquod sibi asserenti. Et qui proinde rem suam liberam contendit, *ut hîc & l. 2. in pr. D. si serv. vind. vel ad alium pert. neg. l. 5. in pr. D. si ususfr. pet.*

Ex his apparet, Appellationes istarum actionum ab ipsa orationis forma vel ajentis vel negantis esse sumptas, ut rectè hîc Accurs. Vulgò tamen putant, ex re ipsa potius, quam ex natura cujusque æstimandum esse, utrum actio sit confessoria an negatoria: quia sæpè fiat, ut quæ revera sit negatoria, tamen quoad formam orationis, videatur confessoria: Et contrà. Videamus breviter, 1. Cui competat actio confessoria, & quid in persona actoris requiratur. 2. Contra quem detur, & quid in persona rei conventi sit spectandum. 3. Quis sit hujus actionis eventus sive exitus.

Datur hæc actio, si per eam petatur servitus personalis, non domino, sed fructuario. *l. 5. D. si usufr. pet.* Si vero per eam petatur servitus prædij, directa quidem nulli alij datur quàm domino prædij dominantis, sive ejus, cui servitus debetur. Nemo enim hujusmodi servitutem vindicare potest, nisi is qui dominium habet prædij vicini, cui servitutem deberi affirmat. *l. 2. §. 1. l. 6. §. hac autem actio. D si serv. vind.* Utilis tamen datur etiam nō domino, sed tamen aliud aliquod jus in rem habenti, quales sunt bonæ fidei possessor, Emphyteuticarius, superficiarius, creditor pigneratitius, Vasallus. *l. 16. D. de serv l. 1. §. ult. D. de superf. l. 4. §. si ego & l. 8. D. de oper. nov nunc. l. un. in fi. D. de remiss.* Sic quoque de ea servitute, quam quis diuturno usu nactus est, utilis datur hæc actio. *l. si quis diuturno. D. si serv. vind.* Imò, ut volunt Interpp. etiam de alijs jurib. hanc actionem utilem dari, v. g. De jure patronatus, de jure decimarum, de vectigalibus, de Jurisdict. *ut Zas. hîc nu. 36.* Sed improbat Giphan. *th. 19. Disp. de actione Serv.* Quia quæ sunt juris publici non veniant in privatas actiones, sed arbitrio aliorum, puta Principum vel Rerum pub. expediri soleant. Neque vero tàm exacta dominij probatione hîc opus est, quàm supr. in rei vindicatione, sed satis est si quis prædium, cui servitutem deberi contendit, possideat, pro eo namque præsumitur. Quæritur, An & usufructuario detur confessoria de servitutib. prædiorum, in quib. fortè usumfr. habet? R. suo nomine ipsi nō datur. Quia servitus servitutis esse nō potest, sed tamen usumfr. ipsum vindicare potest, atq; ita dum usumfr. directo vindicat consequitur id quod sua interest non fuisse impeditum in servitute prædio debita. Nam hoc ipso usufr. ejus minuitur. Per consequentiam inquam etiam servitutem illam vindicari. *l. 1. in pr. l. 5. §. 1. D. si usufr. pet. l. 2. §. recte. D si serv. vind. d. l. un. §. 1. D. de remiss. & l. 1. §. ult. D. de oper. nov. nunc: Vide Cujac. lib. 1. observat. cap. 16.* Probabit autem actor confessoriâ agens servitutem sibi deberi & jure constitutam esse. Alioqui .n. quælibet res libera esse præsumitur *arg. l. 8. altius C de serv. & aq.* De modis constituendæ servitutis dictum est sup. *ad §. ult. de servit. & in §. 1. supr. de usufr.* Ubi etiam exempla servitutum, quæ hîc afferuntur, latius exposui. Aliud tamen est in servitute longo usu atque possessione acquisita, in qua de jure, quo est acquisita, non est necesse docere. *l. 10. si quis diut. D. si serv. vind* De probatione dominij dixi supr. Eam non adeò exactam hîc requiri, nō enim principaliter jus dominij in judicium deducitur. Quanquam creditor in hypothecaria probare debet non solum debitum & pignus, sed etiam rē in bonis debitoris fuisse. *l. 10. C. de pign. act. l. 23 ante. D. de probat. l. 3. l. 15. §. 1. D. de pign.* II. Datur hæc actio non tantùm contra dominum, sed etiam adversus quēcunque impedientem vel turbantem nos in usu servitutis, sive rem servientem possideat, sive non *l. 1. in pr. & l. 5. uti frui. §. utrum. D. si usufr. pet.* secundum ea, quæ supr. de rei vind. dict. Sed de servitute oneris ferendi hoc singulare est, quòd non adversus alium quàm ipsum dominum competit. *l. 6. §. hac autem actio. D. si serv. vind.* Idq; ideo, quia in hac servitute id singulare est, quod is qui rem debet, etiam aliquid facere cogatur, ut parietem suum reficere. *d. l. 6. §. etiam & l. 8. D. si serv. vind. l. 33. D. de serv. urb. præd.* Cum aliàs natura servitutum sit, non ut faciat quis, sed ut aliquid patiatur vel non faciat. *l. 15. §. 1. D. de servit.* In persona igitur

igitur rei conventi requiritur, ut turbaverit vel impedierit nos servitute uti. III. Exitus hujus actionis est. I. Ut judex per sententiam suam declaret servitutem petitam ad actiorem pertinere, neq; jus fuisse adversario eam turbare vel inquietare. *l.8.§. & siquidem. D. si serv. vind.* sicut in rei vindicat. Judex declarat dominium rei ad actorem pertinere. *l. & ex diverso 35. D. de rei vind.* II. ut Judex reum condemnet ad id quod actoris interest non fuisse turbatum in servitutis usu & ad restituendam omnem causam servitutis, omnes fructus & commoda, omniaque damna, denique ad præstandam cautionem nec per se nec per hæredem suum fieri, quo minus servitute utatur actor ut ita is securus consequatur licentiam utendi servitute, quod deinceps nec ipse nec hæredes sui aut successores impedituri sint actorem sua servitute uti. *l. 4. loci corpus. §. in confessoria. l. 6. §. pen. veniunt. l. 7. harum. D. si servit. vind. l. 5. uti frui. §. 3. in his autem & §. 5. fructuario & §. ult. D. si ususfr. pet.* Si huic sententiæ non pareat, condemnabitur tanti, quanti actor in litem juravit. *l. 7. in fi. D. si serv. vind.* Ex quo apparet, hanc quoque actionem esse arbitrariam, perinde ut & superior. Quod si actor succubuerit, ipse cavebit reo victori, se servitute non usurum. Et hæc quidem de Confessoria actione, sequitur de Negatoria.

Advers. Contra quoque.

Negatoria actio est, qua quis intendit servitutis jus ab adversario usurpatæ ei non competere, sed rem suam liberam esse. Ex quo facilè apparet, quantum hæc actio à superiore differat. Apparet etiam, eas dari diversis & nō ijsdem personis, ut quidam putant. Nam siquidem agatur de personali servitute, confessoria non datur domino, sed fructuario, usuario & cæteris. Negatoria vero datur domino proprietatis. *l. 5. § ult. D. si ususfr. pet.* Sin autem agatur de servitute prædij, tum confessoria actio competit domino prædij dominantis, sive cui servitus debetur. Negatoria vero domino prædij servientis, sive ex quo servitus deberi affirmatur. *l. 2. D. si serv. vind.* Non igitur ijsdem hæ actiones dantur non etiā contra eosdem. Nam confessoria adversus quemcunque impedientem; Negatoria vero adversus eum datur qui nos re nostra liberè nostro arbitratu uti prohibet. Dices, hunc teneri nobis actione injuriarum? *l. 13. injuriarum. § ult. & l. 24. si quis. D. de injur.* Non igitur dandam esse hanc actionem negatoriam? Resp. Injuriarum actio eo casu datur, quando quis sine jure servitutis quod sibi in re nostra competere dicit, tamen nos prohibet pro arbitrio re nostra uti.

Sed negatoria tunc locum habet, cum quis idem facit, sed jure prætensæ servitutis. Differt etiam hæc actio à superiori quoad probationem. Nam in confessoria probatio incumbit actori, servitutem sibi competere asseveranti. Idque ex regula generali *in l. 2. & l. 21. Verius. D. de probat* Sed in Negatoria probatio incumbit reo, non tàm ideò quia per rerum naturam negativæ nulla est probatio quàm propter præsumptionem juris, qua quælibet res creditur esse libera. *arg. l. 8. altius. C. de servit. & aq.*

Excipi-

Excipitur unus casus, quo ab actore requiritur, ut probet rei suæ libertatem, si nimirum reus aliquando servitutem in ea re habuerit, ut recte I. Faber. *hic nu. 37*. Exitus hujus actionis ferè idem est qui in superiori, ut scilicet res, quoad reum, libera esse pronuncietur: etiamsi forte quoad tertium aliquem servitutem debeat. *l. 4. §. competit. D. si servit. vind.* Et proinde adversario non esse jus utendi fruendi ea re, eundi, agendi per illam. Præterea ut reus condemnetur in id, quod actoris interest, non fuisse impeditum, quò minus re sua liberè uteretur. Denique ut caveat reus de non amplius turbando, eamque impediendo libertatem rei alienа. *l. 5. §. In his autem & §. ult. D. si usufr. pet. l. 4. §. in confessoria. vers. sed & in negatoria. l. 6. & l. 12. D. si serv. vind.*

Ad vers. Quod genus actionis.

Differentia hic indicatur inter actiones de reb. incorporalib. & inter rei vindicationem, quam in rebus corporalibus locum habere paulò ante dictum est. Differentia est hujusmodi. De reb. incorporalibus ut de servitutibus, non solum ei, qui non possidet, datur actio, nimirum vel confessoria vel negatoria, sed etiam ei, qui possidet, qua scilicet negat adversario suo servitutem aliquam in ea re, quam actor possidet, competere, ut modò dict. Sed de rebus corporalib. ei tantum, qui non possidet, contra possessorem datur actio. Recteque hoc dixit Cuiac. ad c. 15. examinat. ext. de Judicijs, Non habet quisquam actionem in rem, quam non dispendio possessionis sibi comparavit.

Ei vero qui possidet nulla datur in rem actio, neque confessoria scilicet neque negatoria, quamvis Imp. noster tantum de negatoria hîc loquatur. Confessoria sive affirmativa non datur, qua scilicet dicat. Hæc res mea est. Stultum enim est cum nemo tibi controversiam moveat, litigare velle. Et possessio parit adversarium actioni in rem. Possessio inquā non domini, sed alterius, *ut sup. d.* Hîc vero ipse actor idemque dominus possidet. Quid igitur vult amplius, cum jam habeat rem suam, cujus restitutio finis esse solet actionis in rem. Expectet g. dum opus sit hac actione, id est, dum possessionem rei suæ amiserit, interea sufficiat ei quod possidet. *l. 1. §. interdictum autem. D. uti possideris.* Negatoria similiter non datur possidenti, neq; ea, per quam ultrò agat contra alium dicendo, Hæc res, quam ego possideo, non est tua. Æquè enim ridiculum hoc esset, agere de reb. suis, cum de ijs nemo tibi ullam faciat controversiam, neque per quam rei vidicatione conventus ab alio mutuò agens dicat: hanc rem ipsius non esse. Etsi enim reus contrà vindicare debet rem in rei vindicatione, ut supra diximus: tamen hoc non ita intelligendum est, quasi reconventionem aliquam contra ipsum instituere debeat, sed sufficit si dicat, rem suam esse & non actoris. Actori postea onus probandi incumbet.

Vidimus, quomodo in reb. incorporalib. ei qui possidet nulla sit prodita actio: Videamus de eo, qui non possidet, An & quæ huic detur actio? Et huic dicimus confessoria seu affirmativa actione uti licere, Ita scil. Hanc rem meam esse ajo. Negatoria vero minimè. v.g. Non potes sic adversus me agere ut dicas, Hæc res, quam tu possides, non est tua, Idque ideò, quia quisque de suo jure &

non

non de alieno agere debet. *l. 5. in pr. D. si usufr. pet. l. 1. §. 1. D. si pars hered. pet.* Et pulcrè *Theoph. hic.* Etiamsi igitur probaveris rem non esse meam, non continuò sequetur, Tuam esse. Potest enim fieri ut neque mea sit neque tua, sed alterius, & tamen ego in hoc judicio te potior ero, propter regulam juris, qua traditur, In pari causa potiorem haberi debere possessorem. *l. in pari 128. D. de R. I.* Et qualiscunq; possessor, hoc ipso quòd possessor est, plus juris habet quàm ille qui non possidet. *l. 2. D. uti possidetis. Fac. l. 5. in pr. D. si usufr. pet.* Et hanc rationem Theophilus hîc attingit. Occurris: Si unumquemq; de suo jure & non de alieno agere oportet, Ergo neque de reb. incorporalibus actio negativa dari debebat? Resp. Imò qui hac agit negatiuè, (v. g. Tu non habes jus utendi fruendi in re mea) is magis de suo jure agere videtur quàm de alieno, ut docet Vlp. *in d. l. 5. D. si usufr. pet. & l. 4. §. pen. D. si serv. vind.* Ex his igitur differentia intelligi potest Quod de reb. incorporalib. liceat & confessoria & negatoria actione uti, etiamsi possideas. De corporalib. negatoria planè locum non habeat.

Adversf. sanè uno casu.

Hic vers. admodum torsit Interpp. dum anxiè quæsiverunt, quis esset unus ille casus, quo actio in rem detur possessori. *vide A. Contium lib. 1. subsec. lect. c. 1.* Giphanius *in disp. de act. servit. th. 34. & 3. seqq.* summa diligentia collegit 10. diversas expositiones hujus loci, easque omnes refellit, ac tandem ipse quasi nodum Godium dissecans putat hæc verba: Sanè uno casu, &c. usque ad illa, sicut in latiorib. delenda esse. Quod remedium mihi sanè durum ac violentum videtur, resecare tot verba, quæ & sunt in omnib. libris, & agnoscuntur ab Interprete Theophilo. Quare ijs potius assentior, qui hunc vers. de servitutib. accipiunt. Inter quos & Nic. Cisnerum esse video *hîc num. 7.* qui probat lectionem Baronis, in hoc casu, pro uno casu, & Cujac. *Tract. 9. ad African. in explicatione l. 15. D. de op. no. nunc.* Si quis objiciat, particulam Sanè esse notam exceptionis, ut & particulam planè: Imperatorem autem paulò ante egisse de reb. corporalibus, Ergo & exceptionem istam de re corporali accipiendam esse, cum exceptio omnis debeat esse de natura regulæ. *Decius & alij ad l. 1. D. de R. I.* Huic respondeo, Non semper ab Imp. nostro proprietatem orationis exigendam esse, quem constat sæpè in dictione sua dissolutiorem esse. Ait Imp. Qui possidet, vel prædium, intellige, cui debetur servitus à vicino prædio, vel qui possidet ipsam servitutē vel libertatem. Et si enim servitutes, utpote res incorporales non possidentur. *l. 1. D. de acquir. pos.* Est tamen earum quasi possessio quædam, nimirum ipse usus servitutis & patientia adversarij. *l. ult. de servit. & l. 11. §. 1. D. de publ. in rem act.* Postremò quod ait, In latioribus Digestorum libris, intelligendi sunt tituli. *D. si ususfr. petetur.* & si servitus vindicetur. Et hæc quidem de actionib. servitutum. Sunt autem & alia remedia affinia. v. g. Interdicta quasi possessoria, Novi operis nunciatio in servitutibus urbanis. Item stipulatio prætoria, damni infecti, Actio in factum. Item Exceptio, &c. de quibus. Oldendorp. *Class. 3. act. 4. & 5.*

Ad §. Sed istæ quidem.

Primæ ac summæ divisionis actionum prius membrum, videlicet Actiones in rem, tribus exemplis adhuc declaratum est : Nunc priusquam ad alia Imp. pergat, interponit hîc divisionem quandam à causa efficiente, ut sciamus unde oriantur omnes. Ait igitur actiones alias esse civiles, alias prætorias Quæ divisio communis est tàm in personam quàm in rem actionum. Sic & obligationes dividebantur *§. omnium. supr. de obligat.* Et exceptiones *in §. quædam infr. de except.* Imò & jus ipsum aliud est civile, aliud prætorium. *l.7. jus aut civile. D. de justit. & jure.*

Civiles igitur actiones sunt, quæ ex legitimis & civilibus causis descendunt. Causas civiles intelligo, dominium, V. G. usumfr: servitutem, item obligationes tàm ex contractibus quàm ex maleficijs quibusdam : vel etiam accipere causas possumus speciem aliquam juris civilis, ut Legem, Plebiscitum , SC. Constitutiones principum , Responsa prud. *de quib. d. est ad lib. 1. tit. 2.* Exempla actionum civilium tria jam habuimus, quæ omnes actiones in rem fuerunt. In personam civiles inf. sparsim attinguntur *sub. hoc tit. & supr.* in singulis contractib. & delictis fuerunt. Nam dum de obligatione tractavimus, sæpè etiam actionum ipsarum mentionem fecimus. Contrà prætoriæ actiones sunt , quas prætor ex sua jurisdictione constituit , sive ut hîc Imp. loquitur, comparatas habet, vel quas propositas ex sua Jurisdictione habet ut infra loquitur *in §. in personam. infr. h. t.* sive quæ ex jurisdictione prætoris substantiam capiunt. Eædem etiam honorariæ dicuntur. *l. 35. in honorarijs. D. de oblig. & act. & T. 11. D. de pub. in rem act.* & alibi sæpissimè. Ut & ipsum jus prætorium dicitur honorarium. *§. prætorium. supr. de jure nat. gent. & civili.*

Benè autem notandum , quod in definitione dicitur, quas ex sua jurisdictione comparatas vel propositas habet. Nam illæ omnes actiones sunt prætoriæ, quas prætor ita habet propositas & comparatas , ut ex ipsius jurisdictione substantiam ceperint , id est, ut ipse eas introduxerit & constituerit in illis casibus & causis, quibus jure civili nulla poterat competere actio. Etsi autem & alias quasdam civiles actiones prætor in Edicto suo complexus est, tamen eæ non ob id civiles esse desierunt, aut factæ sunt prætoriæ. Ratio, cur quasdam actiones prætor constituerit, partim est necessitas, partim æquitas. Necessitas est in eo, quòd multis casibus actiones civiles deficiunt. Æquitas in eo, quod visum fuit succurrendum esse ijs, quibus civilia remedia deerant. Est enim hoc prætoris officium jus civile supplere , & rigorem ac duritiem ejus temperare , *ut supr. d. ad §. prætorum lib. 1. tit. 2.* Sed hæc omnia exemplis fient clariora. Ordinem igitur textus nostri sequentes videbimus. I. De actionibus prætorijs in rem, quas deinde sequentur prætoriæ in personam. *§. in personam. infr. h. t.* Prætoriæ in rem quinque hîc afferuntur & ordine explicantur. 1. Publiciana. 2. Rescissoria. 3. Pauliana, sive actio in factum. 4. Serviana. 5. Quasi serviana sive hypothecaria.

Publiciana actio duab. sequentib. contraria est. In hac enim fingitur actor usucepisse , quod revera nondum usuceperit. In reliquis duabus fingitur reus

reus non usucepisse quod usucepit. Fingitur item non accepisse ex traditione rem, quam accepit. Quod autem hîc dicitur, Possessor dicat,&c. duplici nomine vitiosa est lectio. 1. Quia ei, qui possidet, nulla actio in rem proposita est, *ut supr. d. est.* 2. Quia cujus res ab alio est jam usucapta, *ut hic*, ipse non amplius eam possidet. Alij ergo legendum putant possessorem, ut jungantur hæc verba. Idque probari posse videtur ex Theophilo, qui sic transtulit Contra eum qui usucepit rem meam & possidet movere possum actionem. Videtur tamen superesse hoc verbum, & ex proximo repetendum, Actor dicat.

Ad §. Namque si cui.

Huic §. respondet totus tit. *D. de Public. in rem act.* Publiciana actio nomen accepit à prætore Q. Publicio, qui eam introduxit, Causa, cur introduxerit, hîc exponitur, in verb. Quia sanè durum erat, &c. & explicabimus infr. Videamus 1. Cui detur hæc actio, & 2. Contra quem. Datur Publiciana ei, cui res aliqua ex justa causa tradita fuit à non domino, quiq; cum rem bona fide accepisset, putans tradentem esse dominum, jam cepit usucapionem; priusquam verò eam compleret, possessionem rei casu amisit, quæ ad alium injustum possessorem pervenerit, *ut hic & l. 1. D. de publ. in rem act.* Sed hujus regulæ partes singulas nonnihil evoluamus. Ita enim res fiet manifestior.

I. Igitur necesse est in persona actoris, ut rem acceperit à non domino. Unde Theophilus rectè hîc vertit. Rem alienam. Nam qui ipse Dominus non est, non potest alium facere dominum, neque plus juris in eum transferre quàm ipse habuit. *l. 54 nemo & l. non debeo 174. D. de R. I.* Quòd si à domino rem acceperit, ipse quoque fit dominus. *§. per traditionem. supr. de rerum divis. & l. traditionib. 20. C. de pact.* cumque dominus sit, jam non indiget actione hac Publiciana, quæ est prætoria, cum habeat civilem, nimirum rei vindicationem. *l. 23. in rem. D. de rei vindic. & l. 1. §. de de publ. in rem act.* Nam & aliàs ei qui mero jure munitus est, non debet tribui extraordinarium auxilium. *l. in causa. 16. D. de minor* Morib. tamen receptum est & jure civili comprobatum, ut & domino, qui sibi fortè diffidit in probatione dominij, quæ sæpè est perdifficilis, liceat Publiciana agere. *Accurs. hic & c. Abbate. ext. de re jud. lib. 6.* Quam rationem agendi defendit Oldendorp. *clas. 3. Act. 3.* Alij tamen improbant. Stephanus Bodæus hîc, qui alios plures refert.

II. Necesse est, ut res fuerit tradita actori, & is possessionem nactus fuerit. Nam ante traditionem Publiciana quis experiri non potest. *l. 7. §. pen. D. de publ. in rem act.* etiamsi quis prior rem emerit quàm alter, cui res tradita est. *l. 9. §. si duob. D. d. t.* Excipitur is, cui ex SC. Trebell. hæreditas restituta est. Is enim etiamsi possessioné non fuerit nactus, tamen uti potest Publiciana. *l. 12. cum sponsus. §. 1. D. eod.* Etsi autem traditio & possessio rerum corporalium propria est: tamen etiam de reb. incorporalib. ut servitutib. actio hæc datur. *l. 11. §. 1. D. d. t.* Et hac in re differt Publiciana à Rei vindicatione, quòd hæc tantum sit rerum corporalium, illa & corporalium & incorporalium. Non igitur omninò verum est quod ait Vlpianus in Publiciana actione omnia eadem esse quæ in rei vindicatione. *l. 7. §. in Publiciana. D. d. t.*

si res. D. de publ. in rem act. & arg. l. 7. §. si à minore. D. d. t. Prætoris enim est sequi leges & custodire ac tueri, utpote qui sit viva vox juris civilis, non autem evertere aut impugnare eas. *l. 14. Scio quidem. D. de testib. l. nam & ipsum. 8. D. de just. & jure.* Dices, hoc ipso prætorem facere contra leges quod actionem dat ei, qui jure civili nullam habet, ut quod Publicianam dat bonæ fidei possessori qui possessionem amisit priusquam dominus factus est, & jure civili nullam actionem habet directam? Resp. Imò non tàm contra leges & jus civile hoc casu facit prætor quàm ejus duritiem mitigat & defectum supplet. Cum enim durum & inhumanum ei videretur prorsus omni remedio ad persequendam rem bonæ fidei possessorem destitutum esse & usucapionem forte jam captam ab eo esse inutilem, præsertim cum fieri possit, ut & pretium aliàve res ipsi hoc nomine absit & sumptus etiam in re fecerit, æquitate naturali ductus actionem ex sua jurisdictione constituit & comparavit, idque ad exemplum vindicationis, ut ait *l. 35. in honorariys. D. de Obl. & Act.*

Publiciana enim eundem habet effectum, quem & rei vindicatio, ut scilicet posteaquam Judex declaravit quasi dominium rei ad actorem pertinere, condemnet reum sive possessorem ad rem cum fructibus & omni causa restituendam. Et sic intelligendum est quod dicitur, Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. Item in Publiciana actione omnia eadem sunt quæ & in rei vindicatione: quo ad effectum scilicet. Dominum quidem prætor facere non potest eum, qui dominus non est, cum dominium à lege nobis tribuatur, quæ est rerum nostrarum domina. Sed tamen bonæ fidei possessorem eodem loco habet quo verum dominum. Atque ita tantundem præstat possidenti bona fides, quantum veritas, id est, verum dominium. *l. 136. bona fides. D. de R. I.* Sic neç hæredem facere potest prætor. Hæreditas enim est vocabulum civile & à Legibus defertur, vel ex testamento vel ab intestato iis, quos lex ag noscit *§. 1. vers. quos autem. inf. de bonor. poss.* Sed tamen bonorum possessionem prætor dare potest, & bonorum possessorem suum in omni causa habet loco hæredis. *l. 117. bonorum. D. de R. I.* Neque sine colore quodam hanc actionem introduxit Prætor. Fictione namque utitur quasi is, qui usucapionem tantum cœpit, jam compleverit. Cœpta inquam usucapio habetur pro completa, *ut sup. in §. praced. in verb. se quasi usucepisse.* Est autem hic usus fictionum in jure, ut per eas conservetur ars & regula juris. Et hinc rectè Cujacius hanc actionem vocat fictitiam *in Parat. D.* Diximus de eo, cui detur Publiciana, quibus etiam hoc addendum est, eam & heredi & in honorariis successoribus competere. *l. 7. §. hac actio. & l. 9. D. de Pub. in rem act.* Sequitur nunc contra quem detur, vel non detur hæc actio.

Datur igitur adversus eum, qui possessionem nactus est, & hactenus quidem convenit Publiciana cum rei vindicatione. In eo autem differt, quòd rei vindicatio datur contra quemlibet possessorem, sive bonæ fidei, sive malæ sit. Omnibus enim præferendus est verus dominus. Publiciana vero non datur contra eum, qui justo titulo & bona fide accepit possessionem: sed tantùm contra injustum possessorem. In possessore bonæ fidei locum habet regula sup. quoque

 dicta,

dicta. In pari causa melior est conditio possidentis. Multo minus igitur Publiciana datur contra verum dominum, si is possessionem rei suæ nactus sit. Hic enim objicere potest exceptionem justi dominij. *l.pen.D.de publ.in rem. act.* Cujus ratio redditur *in l.ult.D.eod.* Quia non ideo comparata est hæc actio, ut res domino auferatur, sed ideo ut is qui bona fide emit & ex ea causa vel alia justa possessionem nactus est, potius rem habeat quàm injustus possessor, qui vel simile vel etiam plenius jus docere nequit. Non enim æquum est possessorem quantumvis bonæ fidei sit, præferri domino. Cum igitur ratio hujus actionis cesset, quæ erat æquitas, meritò ipsa actio cessabit ac denegabitur. Sunt tamen aliquot casus, quibus Publiciana etiam contra dominum datur, & exceptio dominij eliditur per replicationem, de quibus videatur *Accursius hic & ad d.l. ult. D.d.t. Et Zasius hic num.27.* Et duos explicat Cujacius *lib.10.obs.cap.6.* Ait Imp. Directam actionem. Directa actio duobus modis in jure accipitur, Aliquando ita ut opponatur contrariæ §. *ex quibus dam. inf. de pœn. tem. litig.* & dixi supra cum de contractibus agerem. Aliquando ita ut opponatur utili & extraordinariæ ac prætoriæ actioni, quomodo hîc accipitur: videtur tamen etiam simpliciter ita accipi posse ut sit directa in rem actio, id est, quæ in rem dirigitur. Exitus hujus judicij idem est qui rei vindicationis, videlicet ut res bonæ fidei possessori restituatur cum fructibus & omni causa.

Ad §. Rursus ex diverso.

Secunda actio in rem prætoria, eaque superiori contraria, quæ & ipsa ab eodem prætore Publicio constituta videtur. *arg.l.in honorariis 35.D.de obligat. & act.* Ideoque etiam Publiciana appellari posset ut contendit Hotomannus. Verum obtinuit ut superior sola hoc nomine diceretur. Huc pertinet tit. D. Ex quibus caus. major. &c. *& tit.C.de restit.mil.& eorum qui reip.causa abs.* Etsi autem prætor in illo edicto duas actiones sive restitutiones in integrum proposuit, primam ei, qui per absentiam justam læsus est, puta, quia ipsius res est usucapta ab alio. Secundam ei, cujus rem usucepit is qui Reip. causa abest, ut ita utriq; succurreret. *l.1.& l.21.l.22.§.1.l.28.& seq.D.ex quib. caus. mai. &c.* Tamen Imp. hîc de posteriore tantum agit, id est, de actione illa, quæ datur adversus eum, qui dum Reipub. causa abfuit, rem alterius usucepit. Nos de utraque distinctè videbimus. Et ut textus prius explicetur, priore loco de ea dicemus, quæ præsenti contra absentem datur. Deinde postea de ea, quæ absenti contra præsentem. Illud autem utrique commune est, quod usucapionem semel rectè & stricto jure completam rescindit. Unde etiam Rescissoria actio dicitur. *L.28.§.pen. & ult.D.d.t.* Quod nomen multæ quoque aliæ actiones in jure habent, cumque omnis rescissio eorum, quæ secundum leges & jure civili facta sunt, sit odiosa: non nisi ob justam causam & æquitatem conceditur: non etiam ultra annum competit, ut infra dicam. De illa igitur actione rescissoria, quæ datur præsenti contra absentem, sic breviter habendum est. Si quis vel Reip. causa, vel alia necessaria

necessaria & probabili ex causa absens, vel talis, ut loco absentis habeatur, rem alterius, vel ejus inquam, qui in civitate remansit, vel etiam ejus, qui & ipse pariter Reipub. causa abfuerit per absentiam suam usuceperit, cum neminem reliquisset per quem defenderetur: postquam domum reversus fuerit, intra annum conveniri potest ab hac actione Prætoria: & res ab eo peti ac vindicari non aliter ac si nunquam usucapta fuisset. Cujus regulæ singulæ partes enucleandæ sunt nobis, & Legibus ac rationibus conveniendæ. Dixi, Reipub. causa absens. Quis Reip. causa absit, vel non absit & quam diu videte *in l.4. & 4. ll. seqq. l.32. abesse. & l.34. miles. cum 4. ll. seqq. & l.42. non verè. D. ex quib. caus. mai. &c.* Etsi autem legati municipiorum & civitatum propriè loquendo non possunt dici Reipub. causa abesse. *l.26. sed et si. § ult. D. d. t.* cum civitates sint loco privatorum. *l. eum qui. 16. D. de V. S.* Tamen hi quoque in edicto continentur, ut tàm aliis contra eos, quàm ipsis contra alios succurratur. *l.18. & d.l.26. §. ult. D. ex quib. caus. maior, &c.*

Potest autem Reipub. causa absens duobus modis usucapere rem alterius, vel secum portando eam, vel ejus possessionem animo retinendo, ut rectè monet Accursius. Deinde dixi, vel alia ex causa necessaria & probabili. Non solum enim absentia Reip. causa in edicto comprehensa est, sed etiam quæ aliis ex causis contingit. Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate & non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum *d.l.26. §. ult.* Ut si quis absit in captivitate apud hostes, *ut hic, & l.14. cum l. seq. D. ex quib. caus. mai. &c.* Sed hic quærat aliquis, quomodo captus ab hostibus usucapere possit, cum interrupta sit possessio & usucapio per captivitatem, quæ ne quidem postliminio restituitur. *l.19. denique & l. ait prætor. 23. §.1. D. cod. l.12. in bello. §. facti. D. de capt. & postlim. reversf.* Accursius ait, eum usucapere posse per eos, qui fuerunt in potestate ipsius ante captivitatem, & quidem tantum ex causa peculiari *l. 23. §. hi planè. D. ex quib. caus. mai. &c. l.44. justo. §. ult. D. de usucap.* Alias autem res nec servus, nec per servum dominus, qui apud hostes est, possidet, *l. 11. D. de usucap.* Quia cum possideatur ab aliis, possidere non videtur. *l.118. D. de R. I. Facit l.21. D. ad l. Iul. de adult.*

Alia absentiæ causa est Justus metus, cum quis non supervacuo timore deterritus, sed justo timore mortis vel cruciatus corporis, vel stupri, vel servitutis ac vinculorum aut verberum, qui etiam in constantissimum virum cadit, abest. *l.2. §. ult. & l. seq. D. ex quib. caus. mai. &c. juncta l.3 cum 5. seqq. D. Quod metus causa.* Alia causa est propter studia, quæ est non solum probabilis, sed & justissima dicitur. *in l. nec non 28. in pr. D. h. t.* Item si quis testimonij causa aliquò evocatus sit. Si cognitionis vel appellationis gratia peregrinetur. *d. l. 26. §. ult.* Hi quoque qui in vinculis sunt vel in servitute pro absentibus habentur, *l.9. & 3. seqq. l.23. in pr. D. d. t.* Item qui potestatem non fecerint secum agendi. *d.l. 23. §. ult. & 2. ll. seqq. D. eod.*

Hi quoq; abesse videntur, quos more majorum invitos in jus vocare sine fraude non licet, ut sunt, Consules, Prætores, aliiq; qui imperium aut potestatē aliquam

aliquam habent. *d.l.26.§.2.ait prætor.* Eſt & hæc cauſa reſtitutionis: Si per Magiſtratum ſteterit quò minus actio inſtitui poſſit. *d.l.26.§.4.ait prætor.&§§.ſeqq. D.d.t.* Item ſi feriæ inciderint non ſollennes, ſed extraordinariæ. *d.l.26.§.ſiferiæ.* Denique ſunt & aliæ cauſæ, quibus æquitas reſtitutionem ſuggerit, quas prætor non ſingulatim enumeravit, ſed generali clauſula comprehendit: Si qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam. *l.1.§.ult.& d.l.26.§.ult.D.ex quib.cauſ.mai.&c.* Porrò dixi, Cum neminem reliquiſſet per quem defenderetur. *ex l.1.& l.21.in verb.Cum abſens non defenderetur. D.d.t.* Nam ſi quis abſens Procuratorem reliquerit, per quem defenderetur, in integrum reſtitui volens non audietur. Sibi enim imputet quod non convenerit eum maturè, cum id facere poſſet, atque ita uſucapionem interrumpere. *d.l.21.§.hæc autem.& §.ult.cum l.ſeq.& l.39. is qui.D.eod.* Idem etiam dicendum de eo, qui eſt in vinculis & aliis hujuſmodi, ut ſcilicet ſi ſit, per quem defendantur, ceſſet reſtitutio. *l.23.in pr.D.d.t.* Dixi inſuper, Intra annum poſtquam domum reverſus. Vel, ut hîc Imp. ait: ſi Reipub. cauſa abeſſe deſierit, vel potius, ut omnes caſus generaliter complectamur: Quo primum de ea re experiundi poteſtas erit, ut ait *l.1.§.pen.D.ex quib.cauſ.mai.&c.* Annus in jure alius eſt continuus, alius utilis. Quomodo etiam dies dividi dixi *ad §.qui autem vult.ſup.de excuſ.tut.* Hîc autem etſi ſimpliciter nominatur annus, *ut & in d.l.1.& in l.in honorariis. D.de obl.& act.* tamen accipiendus eſt utilis, ut apparet *ex l.12.& 3.C.de reſtit.mil.& l.18.ab hoſtibus C.de poſtlim.reverſ.* Pro quo anno utili Juſtinianus voluit dari quadriennium continuum ſine diſcrimine locorum. *l.ult.C.de temp.in integ.reſtit.* Quod quadriennium datur etiam in reſtitutionem minorum.

Interdum tamen hæc actio non eſt temporaria, ſed perpetua, *ut in l.31.ſi is cujus.D.ex quib.cauſ.mai.&c.* Denique dixi, Rem non aliter peti ac vindicari poſſe quàm ſi nunquam uſucapta fuiſſet. Reſcinditur enim uſucapio ſemel impleta. Imò fingitur res non fuiſſe uſucapta, quæ revera uſucapta fuit, contrà quam fiebat in ſuperiore actione. Et hoc eſt quod Paulus ait *d.l.in honorariis,* hanc actionem dari contra jus civile. Nec tamen ſine manifeſta æquitate datur. Unde Ulpianus in *l.1.D.ex quib.cauſ.mai.* cauſam hujus actionis ſeu edicti, ait, eſſe juſtiſſimam, cum per eam jus læſum corrigatur. Non debet enim alterius abſentia alteri nocere. Nec officium publicum vel damno vel compendio cuiquam eſſe debet. *l.21.in pr.& l.ſeq.§.1.l.29.D.eod.*

Cum autem hîc dicatur, Reſciſſa uſucapione, ut & *in l.35.D.de obl.& act.* inde Dd. confinxerunt duplex judicium, quorum unum reſcindens vocant, alterum Reſciſſorium. Sed eos refellit Giphan. *in comment.de diviſ.jur.th.124.& in diſp.de reſtit.min.th.13.& ſeqq.ſecutus Cujac.lib.7.obſ.cap.31.* Simul enim uno atque eodem judicio per actionem reſciſſoriam & uſucapio reſcinditur, & petitur res quaſi non uſucapta. Quomodo etiam per querelam inofficioſi teſtamenti ſimul & reſcinditur teſtamentum & petitur hæreditas. Nec unquam in toto jure duæ actiones hoc caſu nominantur, ſed una tantum. Et hæc hactenus de actione reſciſſoria, qua ſuccurritur præſenti contra abſentem. Nunc videndum de altera, qua prætor ſuccurrit abſenti contra præſentem. Hoc enim æquitas poſtulat,

postulat, ut utrisque subveniatur. *d.l.1. l.21. in pr. & l.28. §. ult. cum. l.seq. D. ex quib. caus. mai. &c.* Nam cum ne inter privatos quidem cuiquam officium suum damnosum esse debeat. *l.2. D. Testam. quemad. aper. & l.15. D. Mand.* Multò minus ei, qui Reipub. operam dat & publicè prodest, fraudem afferre debet officium suum. *l.33. §. ult. D. ex quib. caus. mai.* Cum is præmio potius dignis sit. Unde fit, ut qui Reipub. causa absunt excusentur à tutela & cura. *§. item qui Reipub. sup. de excusat. tut.*

Summa igitur hujus loci est, is qui Reip. causa vel propter aliam necessariam & probabilem causam abfuit, vel pro absente habitus est, si ejus res ab alio interea usucapta sit: quàm primum reversus experiundi potestatem habuerit intra annum utilem habet actionem rescissoriam, qua rem suam ab eo, qui usucepit, vindicet, tanquam non usucaptam. Quæ omnia & singula intelligi possunt ex ijs, quæ supra dixi, nec nova explicatione indigent. (Reipublicæ operam dare. Sic loquitur *l.1. 5. & 40. D. d. t. Sed in l.5.* non rectè additur τὸ causa sic: qui Romæ reipub. causa operam dant. Dele ergo causa. Sic judex vel arbiter operam dare dicitur litigantibus, dum causam & jura eorum cognoscit. *l.18. si longius. D. de judiciis. l. ult. D. de vac. mun. l.21. quid tamen. §. sed si in aliquem. & l.39. non ex omnibus. D. de arbit. Ter. Heautont. Cic. sæpe ut ad Att. 17. epist. 43. in Verrem. in Bruto, &c.*

Hoc amplius observetur ut aliàs ei, qui actionem habet, multò magis etiam exceptio competit, *l. invitus 156. §.1. D. de R. I.* Ita hîc quoque fieri, si is forte, qui Reipub. causa abfuit possessionem suæ rei, quæ ab alio fuerat usucapta, nactus sit. *l. nec non 28. §. pen. D. ex quib. caus. mai. &c.* Postremò observetur, Non plus restitui quàm deperditum sit per absentiam aliásve causas. *l. 26 sed & si. §. 8. quotiens. D. ex quib. caus. mai.* Restitutio enim ita facienda est, ut unusquisque integrum suum jus recipiat: nec plus reponit restitutio quàm abstulit læsio, ut vulgò dicitur *ex l.24. quòd si minor. §.4. restitutio. D. de minoribus.* Quod ait Imp. De aliis quibusdam, quibus hoc genus actionis prætor simili æquitate motus accommodet: non inter omnes convenit, quinam his verbis sint intelligendi. Alij namque de iis accipiunt, quorum jus per ipsorum absentiam læsum aut amissum est, aut res usucapta, quibus succurritur etiam per restitutionem in integrum sive actionem rescissoriam, ut modò d. Alij vero de iis intelligunt hæc verba, qui non Reipub. causa absunt, neque apud hostes, sed ex aliis causis necessariis ac probabilibus, quas supra exposui, vel absunt vel abesse creduntur. Possent hæc verba etiam de utrisque intelligi.

Ad §. Item si quis in fraudem.

Uno ore omnes interpretes tàm veteres quàm recentiores, atque etiam Cujacius & Hotomannus ajunt, explicari in hoc §. Actionem, quæ dicitur Pauliana, vel, ut alij volunt, Paulina *in l.38. videamus. §. in Faviana. D. de usur.* Quamvis de eo non omnes idem senserint: An hæc actio in rem sit, an in personam? de quo paulò post. Sed de illo nemo unquam dubitavit, quin Imp. de Pauliana

ex obligatione nascuntur actiones in personam & non in rem, ut supra quoque dixi *ex l.licet 42.§.ea obligatio.D.de procurat.* His ita præmissis, videamus cui & contra quem, & ex qua causa, & ad quid, & quàm diu detur Pauliana actio. Summa est, Quòd datur ea creditoribus eorumque hæredibus, quorum in fraudem aliquid à debitore alienatum vel gestum est, ut id revocetur ac rescindatur, quasi alienatum non esset, & res unà cum fructibus restituantur. Datur autem non modò adversus eos, cum quibus aliquid in fraudem creditorum gestum est, sed etiam adversus ipsum debitorem sive fraudatorem. Itemque adversus hæredes. Denique datur intra annum utilem, quo experiundi potestas fuit. Post annum vero tantum in id, quod ad aliquem pervenit. Sed hæc singula distinctius exponenda sunt, ne intelligentiam & memoriam nostram subterfugiant.

Primum igitur ut huic actioni locus sit necesse est, Ut à debitore aliquid factum vel gestum vel alienatum sit, & ut fraudationis causa hoc ipsum factum sit. Quot modis aliquid alienari vel geri possit à debitore, exemplis declaratur in *l.1.& §.6.seqq.D.quæ in fraud.cred.* Fraus interdum æstimatur ex solo eventu, ut ait *l.1.in pr.D.ex quib.caus.mai.& alibi.* Ac definitur damnum aliquod pecuniarum. *l.1.§.15.& alias D.si quid in fraud.patr.* Sed hîc fraudem consideramus tùm ex malo consilio sive proposito: tùm etiam ex eventu seu reipsa, quæ consilio illi respondeat. Oportet inquam ut fraus eventum habuerit. *l.1. l.10. §.1. & l.15.D.quæ in fraud.cred.l.79.fraudis.D.de R.I.* De quo concursu consilij & eventus diximus plura sup. §.*in fraudem.tit.Quib.ex cauf.manumitt.&c.* Etsi autem fraus & dolus in animo consistit & latet, qui soli Deo patet nec ab homine introspici potest, tamen perspicuis indiciis & conjecturis ac præsumptionibus probari potest. *l.6.C.de dol.mal.* Indicia hujusmodi, quibus fraus probetur, aliquot collecta sunt à Dd. quæ videre potestis apud Zasium, Bodæum & alios. Ut 1. si quis omnia sua bona alienet. 2. si alienatio in necessarias & conjunctas personas facta sit clandestinis & domesticis fraudibus quibus quidvis facilè confingi potest. 3. Si is qui alienâsse perhibetur, nihilominus semper in possessione remaneat. 4. Si alienatio clàm facta sit. Unter dem Hütlein spielen. Quod clanculum fit, meritò fraudis suspectum est. Qui malè agit odit lucem. 5. Si pactum retro venditionis fuerit appositum ab eo, qui solitus est fœnerari. Ulp. *l.10.§. 10. D. Quæ in fraud.*

Non solum autem in debitore alienante fraudem fuisse oportet, sed etiam in eo, in quem alienatio facta est ex causa onerosa. Necesse est inquam, ut accipiens quoque non ignoraverit fraudem, sive ut fraudis fuerit particeps & conscius. *l.1.& l.10.§.quod ait.D.Quæ in fraud.cred.* Si igitur ignoraverit, cessare videntur edicti verba *l.6.§.hoc edictum.D.eod.* Dolus enim ei duntaxat nocere debet qui eum admisit. *l.9.D.d.t.* Excipitur 1. pupillus, cum quo aliquid in fraudem creditorum gestum est. Ab eo enim etiam ignorante omnimodo revocandum est id, quo fraudati sunt creditores, cum non debeat ignorantia pupilli, quæ per ætatem contingit, creditoribus esse captiosa & ipsi lucrosa. *d.l.6.§.si quid cum pupillo.D.quæ in fraud.cred.*

2. Excipitûr is, cui testatò denunciatum est à creditoribus ne emeret. Etsi enim ab initio hic fraudis particeps non fuit, postea tamen cum in proposito perseverat, post denunciationem fraude carere non videtur. *l.10.§.si quis particeps.D.d.t.* 3. Exceptio est *in d.l.6.§.1. unde si quis. D.eod.* (IN legatario, qui ignorans accepit legata præstita sibi ab herede necessario.) Notandi sunt etiam aliquot casus, quibus ne quidem contra eos, qui fraudis participes sunt, hæc actio datur, ut est I. is qui consentientibus creditoribus aliquid à debitore accepit. Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt. *d.l.6.§.præterea. & l.nemo videtur.145.D.de R.I.* II. Casus est, quo creditores debitori heredes extiterunt, *l. 4. C.de revoc.his quæ in fraud.cred.& ibi Cujac.* Hîc enim per confusionem creditores esse desierunt secundum ea quæ sup. dixi *ad tit.ult.lib.3.* III. Casus est, quo creditor est is qui accepit. Is enim etsi sciens prudensq; debitorem non esse solvendo, quo ad cæteros, recepit: tamen quia sibi vigilavit & suum recepit, hac actione non tenetur, modò ante acceperit quàm bona possiderentur. *d.l.6.sciendum l.10.§ si debitorem.& l.24. D. quæ in fraud.cred.* IV. Casus huic similis est, Nimirum in eo, qui pignus tenet à debitore. Is enim hac actione non tenetur. Dixi autem supra. Etiam in eo requiri fraudis participationem & conscientiam, qui accepit rem ex causa sive titulo oneroso. Aliud est enim in eo, qui ex lucrativo titulo possidet, in quo non exigimus fraudis conscientiam sed indistinctè contra eum datur Pauliana, per quam res avocetur, sive sciverit fraudem, sive ignoraverit. *d.l.6.simili modo.& l.pen.C.de revoc.his quæ in fraud.cred.* Ratio differentiæ est, quia qui ex oneroso titulo, v. g. Ex emptione rem nactus est, solicitus est de damno vitando, qui verò ex causa lucrativa de lucro captando. Semper autem toto jure illi magis favetur quàm huic. Unde fit, ut illi non aliter auferatur quàm si fraudem participaverit, huic etiamsi non participavit. III. Necesse est, ut creditores excusserint prius bona debitoris quàm Pauliana agant, de qua excussione multa hîc Zasius *num.34. & seqq.*

Quod autem vulgò IV. addunt, necesse esse, ut bona debitoris possessa sint à creditoribus, qui Pauliana agere velint, quia scilicet hîc dicatur Bonis ejus (scilicet debitoris) à creditoribus ex sententia præsidis possessis: id refellit Donellus, docetq; Paulianam competere, etiamsi bona à creditoribus possessa non fuerint, *ex l.15.si quis cum.& l.17.omnes.§.1.D. quæ in fraud. credit.* de quo tamen ipsi vix assentior propter *l.6.§.7.sciendum D. d.t.*

Ex his quæ diximus intelligitur, Paulianam dari creditoribus: & dari ex ea causa, si quid à debitore in fraudem ac necem ipsorum sit alienatum: Dari autem contra eum, cui res tradita est à debitore: in quo tamen, si rem ex titulo oneroso accepit, distinguitur, an fraudis conscius & particeps fuerit, ut tum contra eum detur Pauliana, an non fuerit, ut tum non detur. Sin vero ex causa lucrativa acceperit rem, indistinctè contra eum datur, sive participaverit fraudem, sive non participaverit. Non solum autem contra eum, qui accepit, datur hæc actio, sed etiam, ut supra dixi, contra ipsum debitorem, qui alienavit & tradidit, de quo est *l.ult.§.ult. D. quæ in fraud. cred.l. ult.*

ult.C. de revoc. his quæ in fraud.cred.alien sunt. Sed ad quid dabitur contra debitorem, dicet aliquis, qui semel excussus & inanis repertus est, ut supr.dixi. Inanis autem fit actio per debitoris inopiam. *l. 6. D. de dol. mal.* Resp. Vel tenebitur in id, quantum facere potest ex bonis post excussionem fortè acquisitis, si ea, quæ alienavit, sint in ea causa ut nulla restitutione recuperari possint, nam si recuperari possint, non convenietur debitor, sed ij qui bona acceperunt: vel ut carceri alijve pœnæ corporali subijciatur, si dolo fecit quo minus possit. *d.l. ult. §.ult.inf.D.d.t. & d.ult.C.de revoc.his quæ in fraud. &c. Vbi vide Azonem in suma.* In delictis enim observatur hæc regula, ut Debitor, qui non habet in ære, luat in corpore: ne delicta maneant impunita. *l.7.D.de jurisdict.l.ult D.de in jus voc. l.35. D.de injur. Vide Geil.2.obs.obs.44.* Aliud est in debitore ex contractu. *l. 12. ob æs. C.de obl.& act.* Qua de re vid. Hotom. *Illustr.quæst.* Postremò datur etiam contra hæredes hæc actio, non tamen in solidum, sed in id tantum quod ad eos pervenit. *l.10.§.ult.& l.seq.D.quæ in fraud. cred. ut* fit etiam in actione quod metus causa. *l.16.§.ult.D. Quod metus causa.* De effectu hujus actionis, sive quid in eam veniat dixi supr. Rem alienatam cum omni causa sua, id est, etiam cum fructibus in pristinum statum restitui debere, quasi nunquam tradita & alienata fuisset, sed in bonis debitoris semper mansisset. Fingitur enim & hîc rem non esse traditatam, ut probatur *hîc & l. 10. §. per hanc actionem & §§.seqq. & l. ult.§.non solum. cum §§.seqq.D.d.t.* Quæritur hîc, An etiam pretium restituendum sit ei qui rem in fraudem creditorum minoris fortè emerit? Resp. Non aliter quàm si nummi soluti adhuc extent in bonis debitoris. *l.7.& 8.D. eod.* Restituentur .n. impensæ necessariæ sive sumptus, *d.l.10 §. & fructus.* De tempore Paulianæ, sive quàm diu duret supra quoque dictum, dari eam intra annum utilem, quo experiundi potestas fuit, computandum ex die venditionis bonorum debitoris? Quod verius videtur, probaturque *etiam Cujacio in Paratit. & Zasio hîc nu. 41.* In eo tamen dissident Zasius & Cujacius, quòd ille putat, hanc actionem durare anno utili tantum quoad initium quo ad cursum esse annum continuum. *Cujac.autem in paratit.C.ult.* annum hunc quoad cursum esse utilem. Quæ sententia verior videtur *arg d l.6.§.ult.D eod.* An ergo post annum non datur? Imò datur quidem, at non in solidum, sed tantum de eo, quod ad aliquem pervenit dolove malo factum est quo minus perveniret. *d. l.10.§.pen.*

Et hæc de actione Pauliana isto loco sufficiant. Videamus breviter de adfinib. remedijs, qualia sunt Actio Faviana, Calvisiana, & Interdictum fraudatorium *in l. pupilli.D. de solut.* Quod non est confundendum cum edicto fraudatorio, quo Prætor actionem Paulianam proposuit. *l.1.D.quæ in fraud. cred.* Nam actio Pauliana ad rem ipsam sive ad ejus proprietatem revocandam pertinet, sive est judicium petitorium. Interdictum autem fraudatorium ad revocandam possessionem (sicut omnia interdicta de possessione agunt) & possessorium continet judicium. *l.qui destinavit.D.de rei vind.& dicetur infr.ad tit.de interd.* Alij volunt interdictum fraudatorium habere uno tantum casu locum, quando res alienatæ non fuerunt propriæ ipsius debitoris alienantis: Paulianam autem, cum res eæ

Ita missi creditores quàm diu in possessione sunt si fortè conveniantur, habent exceptionem: Si possessionem amiserint casu vel culpa sua, habent etiā actionem: de qua tamen olim erat controversia. *d.l.ult.C.de prat.pig.* In hanc actionem pulcrè omnia quadrant, quæ hîc dicuntur in §. nostro, & quæ Paulianæ tribui non possunt. I. enim hæc actio sine dubio est in rem, ut omnis persecutio pignoris *l.17.pignoris.D.de pignorib. l.18. pignoris. C eod.* II. datur bonis à creditore possessis, non aliter. *l.26.non est mirum.D.de pign.act.* III. Quia in hac actione non requiritur, ut accipiens à debitore fraudem participaverit: satis est si debitor fraudem admiserit. Datur enim contra quemvis possessorem: Contra eum vero qui desijt possidere sine dolo, non datur.

Quod autem objici potest, I. Nihil interesse, quocunque modo debitor pignus alienaverit sive fraude, sive bona fide, non enim potest creditoris conditionem deteriorem facere neque persecutionem pignoris impedire, *l.15.debitorem.C.de pignorib.* Non rectè igitur fraudis mentionem hîc fieri, cum etiam sine fraude facta alienatione liceat pignus persequi: Ad id respondet Donellus, Id proprium esse pignoris prætorij, ut si à debitore bona fide sit alienatum, v.g. venditum aut permutatum, &c. ac pretium vel res alia ad curatorem bonorum vel creditores relatum sit, non possit jam à creditoribus revocari, cum nihil amplius ipsorum intersit. Esse enim jam unde ipsis satisfiat, & unde suum servent, non indulgendum. g. malitijs, si revocare velint. *l. 38. in fundo. D. de rei vind.* II. Quod objicitur, non rectè hanc actionem de pignore prætorio separari ab hypothecaria sive q. Serviana, de qua *infr. §. prox.* Resp. ideò hoc fieri, quia hypotheca propriè fit de pignore conventionali, sive quod ex voluntate debitoris constitutum est, nam de prætorio olim ante constit. Justiniani in *d l.ult.C.de prætor.pign.* non semper dabatur persecutio, v.g. Si culpa sua creditor possessionem amisisset.

Ex quibus ita positis colligit differentiam hujus actionis à Pauliana, docetque pleniorem & commodiorem esse eam quàm sit Pauliana, 1. in eo, quod datur etiam in non conscium fraudis. 2. in tempore. Cum enim Pauliana sit annua, hæc tàm diu competit quam diu pignus consistit, ut ita appareat non frustra præter Paulianam introductam esse & concessam creditoribus etiam istam actionem, ut tanto plenius ipsis consuleretur. Et hæc nova est Donelli sententia. Judicet quisque quod volet. Mihi tamen tutius facturus videtur, qui non recedet à communi opinione & expositione hujus §. Et audivi de præceptore meo D. Giphanio, cum explicaret. *l.25. actionum.D. de obl. & act.* Nihil à Donello proponi, cur actio prætorij pignoris recuperandi in hoc §. potius intelligi debeat quàm Pauliana. I. enim. *d.l.ult C.de prætor. pig.* non loqui de alienatione pignoris facta à debitore in fraudem creditoris, sed tantum de ejus amissione, quæ culpa creditoris vel casu contigerit. Non igitur congruit huic §. nostro, in quo non aliter datur actio quàm si quid alienatum sit. II. Quia actu hypothecaria sufficit ad pignus etiam prætorium persequendum non minus quàm conventionale vel testamentarium. Quæ enim esset diff. Ratio? Cur alia actione opus esset ad pignoris prætorij persecutionem quàm ad aliorum. De ea autem quæstio-

quæstione, An Pauliana sit in rem, an in personam, sic censet Giphanius, Quoad causam, ex qua oritur (oritur autem ex fraudulenta alienatione, quæ est q. delictum) verum delictum non est, quia Dominus alienat rem suam. Quæ alienatio jure civili firma & rata est. Ideo prætorio remedio opus fuit ad rescindendam traditionem esse in personam: Quoad rem vero quæ petitur, & quoad formulam hujus actionis, videri in rem esse. Creditor enim rem à debitore alienatam ita petit, ut non alienatam, & quæ in bonis debitoris semper manserit.

Ad §. Item Serviana.

Duæ hîc afferuntur actiones prætoriæ in rem: Serviana & q. Serviana sive hypothecaria, quæ & utilis Serviana dicitur. *l. 1. in pr. D. Quib. mod. pign. sol. & l. 1. §. 2. D. de pign.* Quæ commodè subijciuntur Paulianæ, quia ut illa ita & hæ dantur creditoribus sed ex alia causa: Illa enim ob alienationem fraudulentam rerum etiam non obligatarum: hæ vero ex jure pignoris vel hypothecæ, quod cum jus sit in rem, etiam actionem in rem parit. *l. 17. pignoris. D. de pignorib. l. 18. C. eod. l. 3. §. 3. est autem. D. ad exhibend.* Quæ vindicatio pignoris dicitur. *l. 16. si fundus. §. in vindicatione. D. de pignor. l. 10. nec creditores. C. de pign. act. &* persecutio pignoris. *l. 24. C. eod.* Etsi autem reipsa distinctæ sunt hæ 2. actiones: reperias tamen ubi Quasi Serviana vel hypothecaria vocetur etiam Serviana & pignoratitia Serviana. *d. l. 3. D. ad exhib. l. 3. l. 7. l. 10. l. 18. & 21. D. de pign. l. 5. cum l. seq. C. si alien. res pign. dat. sit. l. 2. &* 4. *D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solv. l. 66. si cum venditor. D. de evict. l. 17. vir uxori. §. 1. D. ad SC. Vellei.* Sed quia melius est & ad docendum commodius unamquamque rem suo nomine appellare, & quia studendum est, ut nomina rebus sint convenientia, distinctè de his duab. actionib. explicabimus. Et 1. de Serviana.

Dicitur illa non à servando, (ut quidam voluerunt, quia domino fundi ejusdemque locatori jus suum servet: hac enim ratione omnes actiones Servianæ dicendæ essent & tum Servatoria potius diceretur) Sed à Servio prætore, qui ex sua jurisdictione eam proposuit, ut & Oldendorp. monuit *Clas. 3. act. 10.* Et est Serviana actio quæ datur domino fundi locati contra res Coloni à quocunque possessas, quæ res in fundum conductum invectæ illatæ sunt, & expresso pacto obligatæ domino pro mercede. Ex qua descriptione intelligimus, cui & ex quæ causa, & contra quem & qua de re siue ad quid hæc actio detur. Sed singulas partes accuratius dispiciamus. Primum autem hoc repetendum est ex ijs, quæ supra dixi, *ad tit. de Locat & conduct.* Alium esse colonum, alium inquilinum. Colonus est qui conduxit agrum vel fundum, vel prædium rusticum: Inquilinus qui ædes sive prædium urbanum. *l. 37. res pignoris. D. de acq. poss.* Uterque domino prædij debet mercedem: de qua ut satis cautum ei sit, leges constituerunt domino jus tacitæ hypothecæ, quod in prædio quidem urbano haberet in rebus inquilini invectis illatis in ædes: In agro vero in ipsis fructib. inibi natis. Potest tamen dominus agri, si non contentus sit jure tacitæ hypothecæ in fructib. agri, etiam amplius sibi cavere & expressam hypothecam pa-

cisci in rebus coloni, quas in fundum invexerit vel intulerit. Et de his rebus coloni, quæ ita pignoris expressi jure pro mercedibus fundi domino tenentur, si forte mercedem colonus non solvat, Serviana domino datur. Observanda est autem differentia inter colonum & inquilinum. Res ab inquilino invectæ & illatæ in ædes conductas, item in horreum, diversorium vel aream, tacitè obligatæ sunt pro mercede *l. 3. & l. 7. l. 4. D. In quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr. l. ult. C. eod l. 4. D. de pact.*

Res autem invectæ illatæ à colono in fundum non sunt tacitè obligatæ: sed expressa pactione & conventione opus est ad eas obligandas: quæ dicitur voluntas & scientia domini *in l. 5. certi. C. de locato.* quam Accurs. Zas. Oldendorp. &c. non rectè acceperunt. Ratio differentiæ est, Quia domino prædij rustici aliter est prospectum de mercede, cum ei fructus ibi nati tacitè sint obligati, ut opus non sit etiam supellectilem & instrumentum rusticum coloni per eadem obligari. *d. l. 7. in prædijs. D. In quib. cauſ. pignus vel hyp. tac. cont.* præsertim cum instrumenta rustica, item servi & boves aratorij generali obligatione non possint teneri, nec expressâ quidem, ne dum tacita. Diversum est in prædio urbano, cujus nulli sunt fructus præter pensionem ipsam: Ideoque ut domino cautum esset hîc leges tacitam hypothecam introduxerunt in rebus inquilini invectis illatis. *d. l. 4. D. de pact. d. l. 4. & 7. D. in quib. cauſ. pign.* Atque ex his manifestum est actionem Servianam dari domino prædij rustici de rebus coloni, quæ expressè ipsi obligatæ sunt. Nam tacitè nunquã obligantur. *Theoph. hic & arg. § sequens. verſ. interdictum. infr. de interdict.*

Vulgò putant, secuti Accurs. hîc in verb. Coloni, dari Servianam etiam de rebus inquilini: Alij vero ut Oldendorp. *Claſſ. 3. act. 10. & 11. in pr.* putant Servianam dari de tacitis hypothecis: Quasi Servianam de expressis. Sed neutrum est probandum, ut hic ex ipso textu satis liquet & ex *§. præterea. inf. h. t.* Cur enim Imp. diceret (de rebus coloni) si etiam de inquilini vel alijs rebus daretur? In eo vero differentia est Servianæ & q. Servianæ quod illa datur de rebus coloni; hæc de omni alio pignore vel hypotheca, sive ea tacita sit, sive expressa, sive à lege, sive hominum conventione sive testamento sive à magistratu constituta, *vide Cujac. Hotom. & Giph. hic.* Quare quod ait Imp. in descriptione Q. Servianæ, eam esse, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur: creditores intellige omnes alios ex quacunque causa præter dominum & locatorem fundi. Nam & is ratione mercedis sibi debitæ certè creditor est. Et, pignora hypothecasve accipe alias, præter res coloni oppignoratas: nam & res coloni expressè domino fundi obligatæ pignora & hypothecæ sunt vocanda. Quod autem supr. de rebus invectis illatis dixi, in ijs hypothecam habere locatorem, in inquilini quidem tacitam, in coloni vero non aliter quam si expressè ita convenerit: id ita est accipiendum, si res inductæ fuerint actualiter: aliàs enim non erunt obligatæ. *l. 5. si non inducta. C. in quibus cauſ. pig. tac.* Verba enim cum effectu accipienda sunt. Deinde si hoc animo, ea intentione inductæ fuerint, ut ibi sint & maneant perpetuò, id est, quàm diu durat locatio. Nam si temporis tantum

tum causa ibi sint positæ, ut mox aliò transferantur, non erunt obligatæ. *l. 32. debitor. D. de pign. l. 7. §. 1. D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* Quod ex circumstantijs colligi posse probat Oldendorp. *Clas. 3. act. 11.* Et quidem neque tunc cessat obligatio in cæteris, etiamsi quædam res ex invectis illatis expressè obligatæ fuerint, ut vult Schneidevv. *hic nu. 35.* post Fabrum, Jas. Bald. *ad l. 5. C. de loc. nu. 17.* Quæsitum est, an libri studiosorum in domum conductam illati, pignoris jure retineri possint pro mercede: Et putant vulgò non posse, *arg. l. 6. miles. D. de re jud. Accurs. ad. l. 125. Nepos. verb. Salva dignitate.* quod probo. Sed nihil ad rem facit. Alij distinguunt, ut si nullas alias res studiosus intulerit, tunc demum libri, &c. Si miles est, relinquenda ei sunt arma: si scholaris libri Quod si quis domum vel agrum conductum ejusve partem alteri ablocaverit? (Aftervermiedtung) Id enim facere non prohibetur, nisi aliter convenerit. *l. 6. nemo prohibetur. l 6. cum in plures in pr. D. eod. D. de locato.* Resp. Si inquilinus ædes alteri locaverit, etiam posterioris conductoris res illatæ domino ædium obligantur, in eam summam, in quam conduxit. *l. 11. solutum. §. 3. solutam. D. de pign. act.*

Aliud est in colono fundum alteri locante. Nam posterioris conductoris res illatæ domino tacitè non obligantur. *l. 24. si in lege. §. si Colonus D. Loc.* Ait Imp. Pro mercedibus fundi. Unde intelligitur, si gratuitò concessa alicui sit habitatio, invecta illata pignori non esse: & actionem proinde cessare hoc casu. Nam cum principalis obligatio mercedis ibi nulla sit, quis non videt, nec accessoriæ locum esse, cum pignus constituatur propter securitatem debiti, *l. 5. in pr. D. in quibus caus. pig.* Pro damnis tamen, quæ in ædib. fortè data fuerint, eæ res obligatæ erunt, *arg. l. 2. D. in quibus caus. pig.* Secundò occasione horum verborum quæritur, quid juris sit, si colonus non conduxerit ad pecuniam numeratam, in qua propriè consistit merces, ut dixi supra de Empt. & vend. ut & pretium, sed pro parte fructuum colat agrum, qui partiarius dicitur colonus. *l. 25. si merces. §. 6. vis major. D. locati.* An inquam etiam hujus res illatæ pignori sint domino pro illa parte fructuum. Dicendum videtur, esse, sed ita demum, si expressè convenerit inter eos, *arg. eorum quæ supr. dixi de colono qui nummis colit.* Nam contractus innominati regulantur secundum naturam nominatorum quibus similes sunt. At iste contractus est innominatus, & est similis locationi. Nam etsi q. societas dicitur *in d. l. 25. §. vis major.* tamen hoc impropriè dici indicat ipsa particula Quasi.

Porrò datur Serviana actio contra quemlibet possessorem rerum earum: Idque commune est huic actioni cum Q. Serviana, imò cum omnibus actionibus in rem. Hæ enim sequuntur rem sive possessorem. *l. 2. C. si unus ex pluribus haredib. l. 25. actionum. D. de obl. & act.* Si ergo is, cum quo actum est, sive debitor, ejusve hæres, sive alius possideat rem, condemnabitur ad restitutionem ejus rei. Hic enim est exitus hujus actionis, ut res restituatur, si non possideat, neque dolo desierit possidere, vel si possideat quidem, sed offerat creditori debitum, absolvendus est, ut pulcrè docetur *in l. 16. in vindicatione. D. de pign.*

Quia nihil interest creditoris unde suum consequatur: & potest etiam alius pro alio solvendo eum liberare. *l. 39. solvendo. D. de negot. gest.* Solutione autem liberatur & pignus. In rei vindicatione vero etiamsi quis offerat domino pretium rei, tamen non absolvitur: cum possit domini interesse, rem potius suam quàm pretium ejus habere, & iniquum sit, ut alius rem nostram æstimet & q. emet antequàm nos vendamus, ut ait Plautus. Nemo enim invitus vendere cogitur *l. 11. C. de ju. delib. l. 16. invitum. C. de contr. empt.* Si restituere nolit cum possit, aut dolo fecerit quo nimus possit, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit. *d. § in vindicatione arg. eorum quæ supr. de rei vind. dixi ex l. 68. de R. V. & l. 5. in pr. D. de in lit. jur.* Unde apparet, hanc quoque actionem arbitrariam esse: *de quo infr. ad §. præterea. h. t.* Non solùm autem res ipsa, sed interdum etiam fructus restituendi sunt, si fortè res non sufficiat, & majus sit debitum. *d. l. 16. § 4. interdum.* Sed quod dixi de rei restitutione, ei obstat. *l. 66 si cum venditor. D. de evict.* Vbi dicitur, hac actione nudam tantum possessionem avocari. Resp. hoc dici respectu dominij. Nam dominium hypothecæ creditor vindicare non potest, ne quidem si ei per sententiam res adjudicata sit. *d. l. 16. §. 5. creditor. D. de pignor.* Separatur enim quæstio pignoris ab intentione dominij. *l. 1. §. 2. cum prædium. D. de pign.* Quid de hæredibus? Vide Oldendorp. qui cautelam tradit pro heredib. ut Inventarium faciant: Ita non tenebuntur ipsorum res propriæ, &c.

Et hæc de Serviana, quam diximus dari domino prædij rustici contra res coloni oppigneratas. Habet idem & aliud remedium, videlicet, Salvianum interdictum, *de quo in § adipiscendæ. Vers. interdictum quoq; infr. de interd. & tit. D. de Salv. interd. tit. C. de precario & salv. interd.* Sed differt interdictum Salvianum ab actione Serviana. 1. in eo, quòd interdictum possessionem tantum persequatur, ut & omnia interdicta alia: actio vero Serviana rem ipsam, sive jus in rem, id est, pignus, persequitur. 2. Serviana datur contra quemlibet possessorem, etiam contra ipsum colonum. At interdictum Salvianum datur tantùm contra ipsum colonum mercedis debitorem. *l. 1. C. de precar. & Salv. int.* Unde apparet, plus probandum esse ei, qui agit Serviana contra extraneum, quàm qui interdicto utitur. Probare enim debet & deberi sibi & rem oppigneratam in bonis debitoris esse.

Si debitor colonus diceret, rem non fuisse in bonis suis, allegaret propriam turpitudinem, cum rem alienam obligare non liceat. Interdum tamen excusaretur.

Advers. Quasi Serviana.

Sequitur ut videamus de Q. Serviana sive hypothecaria actione. Dicitur autem Q. Serviana, quia ad exemplum Servianæ instituitur: Unde & utilis Serviana dicitur *l. 1. C. de precar. l. 1. C. Comm. de leg. l. 1. §. 2. cum prædium. D. de pign.* Passim etiam hypothecaria vocatur, *ut hîc, & l. 13. aliquando. D. ad Vellei. d. l. 1 C. com. de leg. §. 2. sed olim. in fi. supr. de legatis. §. præterea. infr. h. t. Et Martianus ac Gajus lib. singul. scripserunt Ad formulam hypothecariã.* Vocatur & pignoratitia, sed cum adjectione, Pignoratia Serviana. *l. 3. §. 3. est autem. D. Ad exhib.*

Imò

Imò Paulus etiam simpliciter pignoratitiam vocat se abusivè. *l. 41. D. de pig. act. & l. 13 D. de cond. indeb.* Plerumque tamen si simpliciter dicatur pignoratitia, intelligenda est non actio in rem, de qua hîc agimus, sed in personam: de qua supra dict. *ad §. ult. t. Quib. mod. re contr. oblig.* Ubi & differentias aliquot indicavimus inter has 2. actiones, hypothecariam & pignoratitiam. V. g. Quòd pignoratitia oritur ex contractu, qui re fit, id est, ex pignoris traditione, ideoq; in personam est & civilis & bonæ fidei partim directa, partim contraria, daturq; debitori contra creditorem soluta pecunia, pro qua pignus datum fuerat, ut creditor debitori id restituat: Hypothecaria vero oritur ex nudo pacto, & est in rē prætoria & arbitraria, tantum directa, non contraria, ac datur creditori ad persequendum hypothecam pecunia nondum soluta. NB. diff. hypothecaria datur tàm pignoris quàm hypothecæ nomine, ut inf. dicam. Pignoratitia tantum pignoris dati nomine. R. Diff. Quia cum hypotheca nunquam tradita sit creditori, non potest etiam ab eo restitui, quod pignoratitia actione intenditur. Dixi, hypothecariam dari contra quemlibet possessorem. Ergo etiamsi debitor vendiderit rem, conveniri adhuc potest emptor, quia res cum sua causa, id est, onere pignoris in eum transiit. Intellige, si non consentiente creditore venditio facta sit. Nam si consentiente, nec pactus sit, salvam sibi fore pignoris sui causam, extinguitur hypotheca, nec hypothecaria locum habet, nisi res vendita ad debitorem postea reversa fuerit. *l. 18. §. 2. D. de pig. act. l. 12. C. de distr. pig. l. 4. §. 1. l. 7. in pr. & l. 10. in pr. D. de Quib. mod. pig. vel hypoth. solv. l. 158. D. de reg. jur.* Dixi hypothecariā oriri ex nudo pacto jure honorario. *l. 17. si tibi. §. de pignore. D. de pact.* Jure enim civili ex pacto non nascitur actio. *l. 7. §. sed cum nulla. D. de pact.* Ac ne prætor quidem ex omni pacto actionem dare potest, ne faciat contra jus civile. Tuetur ergo & servat pacta datis exceptionibus *d. l. 7.* Cur autem hîc & hypotheca, quæ nuda conventione constituitur, actionem det, hoc fit ideo, quia præcessit alia obligatio principalis, sive ea naturalis sive civilis sit, cui confirmandæ adhibetur hypotheca. *l. 5. D. de pign.*

Facilius igitur hîc fuit Prætori actionem dare: quemadmodum & in constituto, (quod etiam nudum pactum est, sed de præcedente aliquo debito,) paulò post videbimus §. seq. Cur autem conventio sive pactum pignoris non pariat actionem in personam, sed in rem, ratio est, Quia hoc non agitur inter contrahētes, ut obligetur persona, sed ut res. Semper autem spectare oportet, quid actum sit inter contrahentes. Actus enim non debent operari ultra intentionem agentium: ut vulgò dicitur *arg. l. 55. in omnib. D. de O. & A.* Ita rectè Oldendorp. *class. 3. act. 10.* Non solum autem de hypotheca propriè dicta, ubi scilicet nunquam creditori res tradita sed nuda tantum conventione vel lege vel testamento obligata fuit; sed etiam de pignore tradito datur hypothecaria, si fortè creditor ejus possessionem amiserit. *l. 13. grege. §. 3. & in superficiariis. D. de pign.* Nam quoad hanc actionem hypothecariā nulla est inter pignus & hypothecam differentia: *ut hic. & l. 5. §. 1 inter. D. de pign.* ubi ait Martianus, nominis sono inter eas tantum differre, quia scilicet alterum sit Latinum, alterum græcæ originis, quāvis & ipsum Romani usu suum fecerint. Quod ut intelligatur primùm hoc meminisse

minisse debemus, sæpè in jure unum idemque verbum & genus significare & unam aliquam speciem ejus generis ut supra, Adoptio, contractus, actio, &c. Ita hîc pignus. Secundò duobus modis contrahi pignus: vel traditione rei facta creditori à debitore, qui est contractus qui re fit: de quo supra dictum, vel nuda conventione & pacto, quo placuit inter creditorem & debitorem, ut res aliqua etiamsi non tradatur, tamen pro debito obligata teneatur: quod vel tacita vel expressa conventione effici potest. Utrumque pignus dicitur, si generaliter accipias pignoris verbum. *l.1.in pr.& §.1.D.de pign.act.l.4.in pr.D.de pactis d.§.adipiscendæ.vers.interdum quoque. inf.de interd.* Ubi pignus usurpatur pro hypotheca. Propriè tamen pignus appellare placuit id, quod priore modo contractũ est, id est, per traditionem, maximè si res sit mobilis, quæ manu sive pugno comprehendi & in manum tradi possit, nam pignus à pugno dictum est, *ut hic, & l. 238.plebs.§.2.pignus.D.de V.S.* Hypothecam vero eam rem, quæ posteriore modo, sine traditione nuda conventione obligatur, nec possessio ad creditorẽ transit. *ut hic. & l.9.si rem.§.2. propriè.D de pign.act.l.4.& l.13.grege.§.3. & in superficiariis.D.de pign.* Hypotheca tamen non tantum constitui potest conventionè, sed etiam à lege, quæ sine facto hominum, quibusdam in causis hypothecæ jus in alterius bonis concessit. Ut uxori nomine dotis in bonis mariti. *l.un.§. & ut plenius. C. de rei uxor.act. de qua inf.§.fuerat vers.sed & tacitam.h.t.* Sed quæ est ratio differentiæ, quæret quispiam, cur cum fidejussorem maritus pro dotis conservatione & restitutione dare non cogatur *t.t.C.ne fidejuss.vel mand.dot.dentur.* tamen hypothecæ onere bona ejus prægraventur hoc nomine? Quæ inquã hujus differentiæ ratio sit. Resp. hanc esse quod non adeò ignominiosum sit, aut opinionem alicujus gravet dare pignus quàm dare fidejussorem cogi. Etenim in pignore securitas tantum crediti versatur: in fidejussione vero fides personæ, & alterius potius personæ quam mihi fidem haberi, mihi quodammodo ignominiosum est. Deinde animadvertendum est, facilius admitti tacitam hypothecã, quam vel expressam vel pignus, quod à marito non exigitur. Sic vice versa marito quoq; lex dedit tacitam hypothecam in bonis ejus, qui dotem promisit nec dedit, vel talem dedit, quæ evicta est. *d.l.un.§.& ut plenius.* Sic liberis quorum in bonis adventitiis parentes habent usumf. & administrationem, hoc nomine bona parentum tacitæ hypothecæ jure obligata sunt & quidẽ ab initio administrationis *l.6.cum oportet.C.de bon.quæ lib.* Sic legatarij, itemq; fideicommissarij pro consequẽdis legatis & fidei ibi relictis habent tacitam hypothecam in bonis testatoris *l.1.C.com.de legat.* de quo sup. *§.1.legat.* Sic pupillis & minoribus obligata sunt bona tutorũ & curatorum pro administratione *l.20.pro officio.C.de admin.tut.l.pen.C.In quib.caus.pign.tac.contr.d.l.un.vers.quemad.in adm.tut.* Sic ei quoq; qui ad refectionem ædium pecuniam dedit mutuam. *l.1.D. In quib. caus. pig. tac. contr.l.interdum. & l.seq D qui potior in pign.* Item ei, ex cujus pecunia res comparata est, si ad id expressè dederit. *§.his consequens.Nov.97.de æqual.dot.* Sic fiscus habet tacitam hypothecam in bonis administratorum & debitorum suorum *l.2. C.in quib.caus.pign.tac.contr.l.1.& 2.C.de privil.fisci. Vide Reform Norimb. tit. 21. l.1.& 4.seqq.* His igitur omnibus datur ista actio Q. Serviana sive hypothecaria:

Ex

Ex quo intelligimus,eam longè frequentiorem esse & pluribus dari, quàm ipsa Serviana, quæ tantum domino fundi contra coloni res datur, & quidé non semper, sed tum demum cum eæ res expressè obligatæ sunt, ut sup. dict. Effectus tamen harum actionum idem est, ut scil. res restituatur creditori: de quo repetenda sunt, quæ supra dixi *ex l.16.§.in vindicatione.D de pign.* Hoc tantum addatur, multum interesse, contra ipsum debitorem ejusvé hæredes possessores agas, an contra alios possessores. Illo enim casu potest creditor pro arbitrio vel actione personali agere, quæ ex obligatione scil. principali descendit, vel hypothecaria, utra velit. *l.24.persecutione.C.de pign.* Hoc casu hypothecariæ non est locus, nisi prius excusso principali debitore ejusq; fidejussoribus. *Nov.4.unde.auth.hoc si debitor.C.d.t.l.ult.& auth.sed hodie.C.de obl.& act.* quomodo & debitor principalis prius conveniendus est & excutiendus quàm ad fidejussores perveniatur. Deinde si debitor ejusve hæres conveniatur hypothecaria, non potest causari & excipere, Rem non fuisse in bonis suis cum obligaretur. *l.41.rem alienam.D.de pig. act.* Allegarent enim propriam turpitudiné. Si vero alius conveniatur, omninò probandum est creditori, rem in bonis debitoris fuisse. *l.15.& qua nondum.§.1.D. de pign.* Hoc quoq; addendum, hypothecariam extingui, si pignus volente creditore, nec salvam sibi pignoris sui causam reservante à debitore venditum sit. *Vide quæ sup. dixi, & l.158.D.de reg. jur.*

Ad §. In personam quoque.

Dictum est de Actionibus prætoriis in rem, quibus infra etiam præjudiciales quædam adjiciuntur, *in § præjudiciales.h.t.* Sequitur de prætoriis in personam: De quibus hoc ordine Imp. pertractat, ut præmittat eas, quæ sunt rei persecutoriæ ex contractu vel q. contractu & negotio aliquo culpa vacuo: subjiciat eas, quæ sunt personales ex delicto aliquo extraordinario sive prætorio. Prioris generis sunt hæ 3. 1. actio de constituta pecunia: 2. actio de peculio. 3. actio in factum, sive actio utilis ex jurejurando. Quæ hic primò conjunctim proponuntur, postea eodem ordine singulatim explicantur, *usque ad §. pœnales.* Prima actio variis nominibus appellatur, nam & actio de pecunia constituta dicitur, & pecuniæ constitutæ, & actio de constituta & actio constitutoria, passim *in D.& C.de pecun.const.& hic, item apud Paulum lib.2.tit.2.* Initio autem breviter admonendum, aliquot esse verba, quibus significatur promissio alicui facta, ut promittere, polliceri, recipere, pacisci, constituere, spondere, fidejubere: inter quæ longa est apud Latinos differentia. Germ. Zusagen/ geloben/ versprechen/ gereden/ verheissen. Promittendi verbo etsi etiam de pactis utimur: interdum tamen de stipulatione usurpatur. *§.si scriptum.sup.de inut. stipul. & dixi ad tit. de V.O. vide l.19.sciendum.§.2.dictum.D.de adil.ed.l.1.§.4.cum qui.D. de const. pec.* Vbi verbum promittendi opponitur ei quod est constituere. Pacisci semper de pacto dicitur: ut spondere de stipulatione: interdum tamen etiam pactionis loco accipitur. *l.7.§.12. quod ferè. D.de pact.* Polliceri de solius offerentis promisso dicitur. *l.3.D.de pollicit.* in quo differt à pacto, quod est duorum pluriumvé consensus atque conventio. *d.l.3.& l.1.§.2.& est.D.de pact.*

Fideju-

fuerint debitoris. Sed nihil prohibet, quo minus etiam in proprijs debitoris rebus interdictum detur ad revocandam possessionem.

Faviana igitur & Calvisiana actio in eo quidem conveniunt cum Pauliana, quod ipsæ quoque sint prætoriæ in factum, & quòd eandem quoque ferè vim & potestatem habeant, sed tamen in alijs multis rebus differunt. Unde fit, ut etiam diversis nominib. appellentur. Item ut sub diversis titulis explicentur. Pauliana quidem *tit. D. quæ in fraud. credit. & tit C. de revoc. his quæ in fraud.* Faviana & Calvisiana *sub tit. D. & C. si quid in fraud. patr.*

Prima igitur hæc est differentia inter eas actiones, quòd Pauliana datur quibuslibet creditoribus, quorum in fraudem aliquid factum est à debitore. Reliquæ duæ dantur soli patrono, in cujus fraudem libertus aliquid fecit. Sciendum est enim Juris patronatus partem unam etiam hanc, quòd patronus in bonis liberti portionem aliquam habeat, quæ patronali verecundiæ gratitudinis ergo debetur ob grande beneficium manumissionis. *l. 1. D. de bon. libert.* Portionem inquam vel tertiam vel dimidiam, ut exposui *supr. ad tit. de succes. libert.* Si quid ergo à liberto factum fuerit, quo patronus portione justa sibi debita fraudaretur, datur patrono ad id revocandum actio. Faviana quidem, si libertus testatò decesserit, Calvisiana verò si intestatus. Quæres, cum portio illa ex bonis liberti patrono debeatur, cur non datur ei Pauliana, ut cuivis alij creditori? Cur inquam novis actionib. opus fuit pro patrono? Resp. Ideo quia patronus ratione ejus partis verè creditor non est, *arg. l. 6. §. ult. D. de fals.*

II. Pauliana non datur creditori quantumlibet fraudato, si ejus fraudandi consilium debitor non inierit. *l. 15. si quis. D. Quæ in frau. cred.* Utrumque enim exigitur & consilium & eventus damni, *ut supr. d.* Faviana & Calvisiana verò dantur etiam filio patroni, quamvis non in ipsius, sed in patris fraudem, dum is viveret, alienatio facta sit. *l. 1. §. pen. D. si quid in fr. Patr.* Ita ergo hæ actiones differunt ratione personarum, quib. dantur.

III. Differunt etiam ratione personarum, contra quas dantur. Pauliana enim contra eum non datur, qui rem ex oneroso titulo accepit, sed fraudis ignarus fuit, ut supr. d. Reliquæ duæ dantur indistinctè adversus omnes, in quos libertus aliquid transtulit, sive fraudis participes fuerint sive non. *l. 1. §. 1. & §. 4. dolum. §. 12. si quis in fraud. in fi. D. si quid in fraud. patroni.*

IV. Differunt quoad effectum. Paulianâ enim revocatur totum id, quod alienatum est: Reliquis duab. non totum, sed tantum usque ad legitimam portionem, sive quatenus legitima pars diminuta est, ut ait *l. 1. C. si in fraudem patroni. fac. l. 1. §. si plurib. D. eod.* in verb. in partem sibi debitam. Quod & Azo annotat in summa: *C. de revoc. his quæ in fraud credit. & Cujac. in parat. D. si quid in fraud. patr. Oldendorp. Clas. 6. act. 2. nu. 4*

V. Differunt, quoad restitutionem fructuum. In Pauliana enim tantum illi fructus restituendi sunt, qui tempore alienationis terræ cohærent, cum fructus pendentes pars rei sint, item illi, qui post litis contestationem sunt percepti: medij temporis non item. *l. ult. §. non solum. D. Quæ in fraud cred.*

In ro-

In reliquis duab. actionibus etiam præteriti sive medio tempore percepti fructus veniunt. *l. 1. §. ult. & l. 2. D. si quid in fraud. patr.*

VI. In Pauliana non restituitur pretium ei, cui res in fraudem creditorum est vendita, nisi fortè nummi adhuc salvi sint: *ut supr. d. ex l. 7. & 8. D. Quæ in fraud. cred.* In reliquis duab non aliter fit restitutio patrono, quàm si is pretium restituerit. *l. 1. §. 12. si quis in fraud. D. si quid in fraud. patr.* Non enim hîc de dolo emptoris, sed de dolo liberti disputatur, &c.

VII. Pauliana est annua, *ut supr. d.* Fabiana & Calvisiana sunt perpetuæ, quia rei persecutoriæ sunt. *l. 3. §. 1. D. si quid in fraud. patr.*

VIII. Pauliana est hæreditaria actio. *l. 10. §. ult. D. quæ in fraud. cred.* Reliquæ duæ hæreditariæ non sunt, id est, non ex bonis liberti, sed patroni propriæ. *l. 1. §. hæc actio. D. si quid in fraud. patron.* Et ita quidem Fabiana & Calvisiana differunt ab actione Pauliana. Ipsorum vero inter se differentia in eo consistit, quòd Faviana detur patrono, si libertus decesserit testatus, Calvisiana si intestatus, *ut supr. d. l. ult. C. si in fraud. patr l. 3 §. si patronum. & §. seq. D. eod. Vide Cujac. in parat. C. & D. Item tract. 1. ad Africanum.* Quod autem Olendorp. *Clas. 6. act. 3. alijq.* putant in eo differre, quòd Fabiana soli patrono, Calvisiana etiam alijs creditorib. detur, id recipiendum non est.

Restat jam ut Donelli rationes cognoscamus, quib. ille adductus contra receptam omnium Interpp. opinionem putat, non de Pauliana agere hunc §. sed de actione, qua pignus prætorium persequimur. Argumenta ej⁹ potiss. hæc sunt: I. Quia oportet hîc actionem aliquam statui, quæ sit in rem, non in personã. Hoc enim ordo postulat, cum ad actiones prætorias in personam infr. demum transitus fiat. §. *In personam quoque.* At Pauliana non est in rem, sed in personam. Ea igitur hîc non proponitur. II. Quia actio hîc proposita non requirit conscientiam fraudis in accipiente, sed tantum in debitore alienante fraudem exigit. At Pauliana requirit fraudem in utroque. Hæc tamen ratio infirmior alicui videri possit, Quia non est novum in jure, ut uno loco prætermissum ex alijs sit supplendum: maximè in Instit. ubi singula non enucleantur accuratius, sed summatim & per indicem tantum proponuntur. III. Quia actio hîc proposita tum demum competit, si alienatio facta sit bonis debitoris jam possessis à creditoribus, sive posteaquam illi jam in possessionem missi sunt. At Pauliana competit etiam alienatione bonis non possessis facta. Allegat. *l. 15. si quis omn. & l. 17. omnes. §. 1. D. Quæ in fraud.* Sed non video quomodo inde hæc colligi possit, quod ipse probare vult.

Ex his igitur (inquit Donellus) certum est, Paulianam hîc non describi, sed actionem eam, quæ datur pignoris prætorij persequendi causa. *l. ult. C. de præt. pign.* Pignus prætorium est quod à prætore alióve magistratu constitutum est creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris, si is fortè latitet, nec sui copiam faciat, neque tamen defendatur: de qua missione est *tit. D. Quib. ex cauſ. in poss. eatur & tit. D. & C. de bon. auct. posid.*

Ita

Ita missi creditores quàm diu in possessione sunt si fortè conveniantur, habent exceptionem: Si possessionem amiserint casu vel culpa sua, habent etiã actionem: de qua tamen olim erat controversia. *d.l.ult.C.de prat.pig.* In hanc actionem pulcrè omnia quadrant, quæ hìc dicuntur in §.nostro, & quæ Paulianæ tribui non possunt. I. enim hæc actio sine dubio est in rem, ut omnis persecutio pignoris *l.17.pignoris.D.de pignorib. l.18. pignoris. C eod.* II. datur bonis à creditore possessis, non aliter. *l.26.non est mirum.D.de pign.act.* III. Quia in hac actione non requiritur, ut accipiens à debitore fraudem participaverit: satis est si debitor fraudem admiserit. Datur enim contra quemvis possessorem: Contra eum vero qui desijt possidere sine dolo, non datur.

Quod autem obijci potest, I. Nihil interesse, quocunque modo debitor pignus alienaverit sive fraude, sive bona fide, non enim potest creditoris conditionem deteriorem facere neque persecutionem pignoris impedire, *l.15.debitorem.C.de pignorib.* Non rectè igitur fraudis mentionem hìc fieri, cum etiam sine fraude facta alienatione liceat pignus persequi: Ad id respondet Donellus, Id proprium esse pignoris prætorij, ut si à debitore bona fide sit alienatum, v.g. venditum aut permutatum, &c. ac pretium vel res alia ad curatorem bonorum vel creditores relatum sit, non possit jam à creditoribus revocari, cum nihil amplius ipsorum intersit. Esse enim jam unde ipsis satisfiat, & unde suum servent, non indulgendum. g. malitijs, si revocare velint. *l. 38. in fundo. D. de rei vind.* II. Quod objicitur, non rectè hanc actionem de pignore prætorio separari ab hypothecaria sive q. Serviana, de qua *infr. §. prox.* Resp. ideò hoc fieri, quia hypotheca propriè sit de pignore conventionali, sive quod ex voluntate debitoris constitutum est, nam de prætorio olim ante constit. Justiniani in *d l.ult.C.de prætor.pign.* non semper dabatur persecutio, v.g. Si culpa sua creditor possessionem amisisset.

Ex quibus ita positis colligit differentiam hujus actionis à Pauliana, docetque pleniorem & commodiorem esse eam quàm sit Pauliana, 1. in eo, quod datur etiam in non conscium fraudis. 2. in tempore. Cum enim Pauliana sit annua, hæc tàm diu competit quàm diu pignus consistit, ut ita appareat non frustra præter Paulianam introductam esse & concessam creditoribus etiam istam actionem, ut tanto plenius ipsis consuleretur. Et hæc nova est Donelli sententia. Judicet quisque quod volet. Mihi tamen tutius facturus videtur, qui non recedet à communi opinione & expositione hujus §. Et audivi de præceptore meo D. Giphanio, cum explicaret. *l.25. actionum.D. de obl. & act.* Nihil à Donello proponi, cur actio prætorij pignoris recuperandi in hoc §. potius intelligi debeat quàm Pauliana. I. enim *d.l.ult C.de prætor. pig.* non loqui de alienatione pignoris facta à debitore in fraudem creditoris, sed tantum de ejus amissione, quæ culpa creditoris vel casu contigerit. Non igitur congruit huic §. nostro, in quo non aliter datur actio quàm si quid alienatum sit. II. Quia actu hypothecaria sufficit ad pignus etiam prætorium persequendum non minus quàm conventionale vel testamentarium. Quæ enim esset diff. Ratio? Cur alia actione opus esset ad pignoris prætorij persecutionem quàm ad aliorum. De ea autem quæstio-

quæstione, An Pauliana sit in rem, an in personam, sic censet Giphanius, Quoad causam, ex qua oritur (oritur autem ex fraudulenta alienatione, quæ est q. delictum) verum delictum non est, quia Dominus alienat rem suam. Quæ alienatio jure civili firma & rata est. Ideo prætorio remedio opus fuit ad rescindendam traditionem esse in personam: Quoad rem vero quæ petitur, & quoad formulam hujus actionis, videri in rem esse. Creditor enim rem à debitore alienatam ita petit, ut non alienatam, & quæ in bonis debitoris semper manserit.

Ad §. Item Serviana.

Duæ hîc afferuntur actiones prætoriæ in rem: Serviana & q. Serviana sive hypothecaria, quæ & utilis Serviana dicitur. *l. 1. in pr. D. Quib. mod. pign. sol. & l. 1. §. 2. D. de pign.* Quæ commodè subjiciuntur Paulianæ, quia ut illa ita & hæ dantur creditoribus sed ex alia causa: Illa enim ob alienationem fraudulentam rerum etiam non obligatarum: hæ vero ex jure pignoris vel hypothecæ, quod cum jus sit in rem, etiam actionem in rem parit. *l. 17. pignoris. D. de pignorib. l. 18. C. eod. l. 3. §. 3. est autem. D. ad exhibend.* Quæ vindicatio pignoris dicitur. *l. 16. si fundus. §. in vindicatione. D. de pignor. l. 10. nec creditores. C. de pign. act. &* persecutio pignoris. *l. 24. C. eod.* Etsi autem reipsa distinctæ sunt hæ 2. actiones: reperias tamen ubi Quasi Serviana vel hypothecaria vocetur etiam Serviana & pignoratitia Serviana. *d. l. 3. D. ad exhib. l. 3. l. 7. l. 10. l. 18. & 21. D. de pign. l. 5. cum l. seq. C. si alien. res pign. dat. sit. l. 2. & 4. D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solv. l. 66. si cum venditor. D. de evict. l. 17. vir uxori. §. 1. D. ad SC. Vellei.* Sed quia melius est & ad docendum commodius unamquamque rem suo nomine appellare, & quia studendum est, ut nomina rebus sint convenientia, distinctè de his duab. actionib. explicabimus. Et 1. de Serviana.

Dicitur illa non à servando, (ut quidam voluerunt, quia domino fundi ejusdemque locatori jus suum servet: hac enim ratione omnes actiones Servianæ dicendæ essent & tum Servatoria potius diceretur) Sed à Servio prætore, qui ex sua jurisdictione eam proposuit, ut & Oldendorp. monuit *Clas. 3. act. 10.* Et est Serviana actio quæ datur domino fundi locati contra res Coloni à quocunque possessas, quæ res in fundum conductum invectæ illatæ sunt, & expresso pacto obligatæ domino pro mercede. Ex qua descriptione intelligimus, cui & ex quæ causa, & contra quem & qua de re siue ad quid hæc actio detur. Sed singulas partes accuratius dispiciamus. Primum autem hoc repetendum est ex ijs, quæ supra dixi, *ad tit. de Locat & conduct.* Alium esse colonum, alium inquilinum. Colonus est qui conduxit agrum vel fundum, vel prædium rusticum: Inquilinus qui ædes sive prædium urbanum. *l. 37. res pignoris. D. de acq. poss.* Uterque domino prædij debet mercedem: de qua ut satis cautum ei sit, leges constituerunt domino jus tacitæ hypothecæ, quod in prædio quidem urbano haberet in rebus inquilini invectis illatis in ædes: In agro vero in ipsis fructib. inibi natis. Potest tamen dominus agri, si non contentus sit jure tacitæ hypothecæ in fructib. agri, etiam amplius sibi cavere & expressam hypothecam pa-

cisci in rebus coloni, quas in fundum invexerit vel intulerit. Et de his rebus coloni, quæ ita pignoris expressi jure pro mercedibus fundi domino tenentur, si forte mercedem colonus non soluat, Serviana domino datur. Observanda est autem differentia inter colonum & inquilinum. Res ab inquilino invectæ & illatæ in ædes conductas, item in horreum, diversorium vel aream, tacitè obligatæ sunt pro mercede *l.3. & l.7.l.4.D.In quib. cauf. pign. vel hyp. tac. contr.l.ult. C.eod l.4.D.de pact.*

Res autem invectæ illatæ à colono in fundum non sunt tacitè obligatæ: sed expressa pactione & conventione opus est ad eas obligandas: quæ dicitur voluntas & scientia domini *in l. 5. certi. C. de locato.* quam Accurs. Zas. Oldendorp. &c. non rectè acceperunt. Ratio differentiæ est, Quia domino prædij rustici aliter est prospectum de mercede, cum ei fructus ibi nati tacitè sint obligati, ut opus non sit etiam supellectilem & instrumentum rusticum coloni per eadem obligari. *d. l. 7. in prædijs. D. In quib. cauf. pignus vel hyp. tac. cont.* præsertim cum instrumenta rustica, item servi & boves aratorij generali obligatione non possint teneri, nec expressa quidem, ne dum tacita. Diversum est in prædio urbano, cujus nulli sunt fructus præter pensionem ipsam: Ideoque ut domino cautum esset hîc leges tacitam hypothecam introduxerunt in rebus inquilini invectis illatis. *d. l. 4. D. de pact. d.l.4. & 7. D. in quib. cauf. pign.* Atque ex his manifestum est actionem Servianam dari domino prædij rustici de rebus coloni, quæ expresse ipsi obligatæ sunt. Nam tacitè nunquã obligantur. *Theoph. hîc & arg. §. sequens. vers. interdictum. infr. de interdict.*

Vulgò putant, secuti Accurs. hîc in verb. Coloni, dari Servianam etiam de rebus inquilini: Alij vero ut Oldendorp. *Class. 3. act. 10. & 11. in pr.* putant Servianam dari de tacitis hypothecis: Quasi Servianam de expressis. Sed neutrum est probandum, ut hic ex ipso textu satis liquet & ex *§. præterea. inf. h. t.* Cur enim Imp. diceret (de rebus coloni) si etiam de inquilini vel alijs rebus daretur? In eo vero differentia est Servianæ & q. Servianæ quod illa datur de rebus coloni; hæc de omni alio pignore vel hypotheca, sive ea tacita sit, sive expressa, sive à lege, sive hominum conventione sive testamento sive à magistratu constituta, *vide Cujac. Hotom. & Giph. hîc.* Quare quod ait Imp. in descriptione Q. Servianæ, eam esse, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur: creditores intellige omnes alios ex quacunque causa præter dominum & locatorem fundi. Nam & is ratione mercedis sibi debitæ certè creditor est. Et, pignora hypothecasve accipe alias, præter res coloni oppignoratas: nam & res coloni expresse domino fundi obligatæ pignora & hypothecæ sunt vocanda. Quod autem supr. de rebus invectis illatis dixi, in ijs hypothecam habere locatorem, in inquilini quidem tacitam, in coloni vero non aliter quàm si expresse ita convenerit: id ita est accipiendum, si res inductæ fuerint actualiter: aliàs enim non erunt obligatæ. *l. 5. si non inducta. C. in quibus cauf. pig. tac.* Verba enim cum effectu accipienda sunt. Deinde si hoc animo, ea intentione inductæ fuerint, ut ibi sint & maneant perpetuò, id est, quàm diu durat locatio. Nam si temporis tantum

tum causa ibi sint positæ, ut mox aliò transferantur, non erunt obligatæ. *l. 32. debitor. D. de pign. l. 7. §. 1. D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* Quod ex circumstantijs colligi posse probat Oldendorp. *Clas. 3. act. 11.* Et quidem neque tunc cessat obligatio in cæteris, etiamsi quædam res ex invectis illatis expressè obligatæ fuerint, ut vult Schneidevv. *hic nu. 35.* post Fabrum, Jas. Bald. *ad l. 5. C. de loc. nu.* 17. Quæsitum est, an libri studiosorum in domum conductam illati, pignoris jure retineri possint pro mercede: Et putant vulgò non posse, *arg. l. 6. miles. D. de re jud. Accurs. ad. l. 125. Nepos. verb. Salva dignitate.* quod probo. Sed nihil ad rem facit. Alij distinguunt, ut si nullas alias res studiosus intulerit, tunc demum libri, &c. Si miles est, relinquenda ei sunt arma: si scholaris libri Quod si quis domum vel agrum conductum ejusve partem alteri ablocaverit? (Aftervermietung) Id enim facere non prohibetur, nisi aliter convenerit. *l. 6. nemo prohibetur. l. 6. cum in plures in pr. D. eod. D. de locato.* Resp. Si inquilinus ædes alteri locaverit, etiam posterioris conductoris res illatæ domino ædium obligantur, in eam summam, in quam conduxit. *l. 11. solutum. §. 3. solutam. D. de pign. act.*

Aliud est in colono fundum alteri locante. Nam posterioris conductoris res illatæ domino tacitè non obligantur. *l. 24. si in lege. §. si Colonus D. Loc.* Ait Imp. Pro mercedibus fundi. Unde intelligitur, si gratuitò concessa alicui sit habitatio, invecta illata pignori non esse: & actionem proinde cessare hoc casu. Nam cum principalis obligatio mercedis ibi nulla sit, quis non videt, nec accessoriæ locum esse, cum pignus constituatur propter securitatem debiti, *l. 5. in pr. D. in quibus caus. pig.* Pro damnis tamen, quæ in ædib. forte data fuerint, eæ res obligatæ erunt, *arg. l. 2. D. in quibus caus. pig.* Secundò occasione horum verborum quæritur, quid juris sit, si colonus non conduxerit ad pecuniam numeratam, in qua propriè consistit merces, ut dixi supra de Empt. & vend. ut & pretium, sed pro parte fructuum colat agrum, qui partiarius dicitur colonus. *l. 25. si merces. §. 6. vis major. D. locati.* An inquam etiam hujus res illatæ pignori sint domino pro illa parte fructuum. Dicendum videtur, esse, sed ita demum, si expressè convenerit inter eos, *arg. eorum quæ supr. dixi de colono qui nummis colit.* Nam contractus innominati regulantur secundum naturam nominatorum quibus similes sunt. At iste contractus est innominatus, & est similis locationi. Nam etsi q. societas dicitur *in d. l. 25. §. vis major.* tamen hoc impropriè dici indicat ipsa particula Quasi.

Porrò datur Serviana actio contra quemlibet possessorem rerum earum: Idque commune est huic actioni cum Q. Serviana, imò cum omnibus actionibus in rem. Hæ enim sequuntur rem sive possessorem. *l. 2. C. si unus ex pluribus hæredib. l. 25. actionum. D. de obl. & act.* Si ergo is, cum quo actum est, sive debitor, ejusve hæres, sive alius possideat rem, condemnabitur ad restitutionem ejus rei. Hic enim est exitus hujus actionis, ut res restituatur, si non possideat, neque dolo desierit possidere, vel si possideat quidem, sed offerat creditori debitum, absolvendus est, ut pulcrè docetur *in l. 16. in vindicatione. D. de pign.*

Quia nihil interest creditoris unde suum consequatur: & potest etiam alius pro alio solvendo eum liberare. *l. 39. solvendo. D. de negot. gest.* Solutione autem liberatur & pignus. In rei vindicatione vero etiamsi quis offerat domino pretium rei, tamen non absolvitur: cum possit domini interesse, rem potius suam quàm pretium ejus habere, & iniquum sit, ut alius rem nostram æstimet & q. emet antequàm nos vendamus, ut ait Plautus. Nemo enim invitus vendere cogitur *l. 11. C. de ju. delib. l. 16. invitum. C. de contr. empt.* Si restituere nolit cum possit, aut dolo fecerit quo minus possit, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit. *d. § in vindicatione arg. eorum quæ supr. de rei vind. dixi ex l. 68. de R V. & l. 5. in pr. D. de in lit. jur.* Unde apparet, hanc quoque actionem arbitrariam esse: *de quo infr. ad §. præterea. h. t.* Non solùm autem res ipsa, sed interdum etiam fructus restituendi sunt, si fortè res non sufficiat, & majus sit debitum. *d. l. 16. § 4. interdum.* Sed quod dixi de rei restitutione, ei obstat. *l. 66 si cum venditor. D. de evict.* Vbi dicitur, hac actione nudam tantum possessionem avocari. Resp. hoc dici respectu dominij. Nam dominium hypothecæ creditor vindicare non potest, ne quidem si ei per sententiam res adjudicata sit. *d. l. 16. §. 5. creditor. D. de pignor.* Separatur enim quæstio pignoris ab intentione dominij. *l. 1. §. 2. cum prædium. D. de pign.* Quid de hæredibus? Vide Oldendorp. qui cautelam tradit pro heredib. ut Inventarium faciant: Ita non tenebuntur ipsorum res propriæ, &c.

Et hæc de Serviana, quam diximus dari domino prædij rustici contra res coloni oppigneratas. Habet idem & aliud remedium, videlicet, Salvianum interdictum, *de quo in § adipiscendæ. Vers. interdictum quoq; infr. de interd. & tit. D. de Salv. interd. tit. C. de precario & salv. interd.* Sed differt interdictum Salvianum ab actione Serviana. 1. in eo, quòd interdictum possessionem tantum persequatur, ut & omnia interdicta alia: actio vero Serviana rem ipsam, sive jus in rem, id est, pignus, persequitur. 2. Serviana datur contra quemlibet possessorem, etiam contra ipsum colonum. At interdictum Salvianum datur tantùm contra ipsum colonum mercedis debitorem. *l. 1. C. de precar. & Salv. int.* Unde apparet, plus probandum esse ei, qui agit Serviana contra extraneum, quàm qui interdicto utitur. Probare enim debet & deberi sibi & rem oppigneratam in bonis debitoris esse.

Si debitor colonus diceret, rem non fuisse in bonis suis, allegaret propriam turpitudinem, cum rem alienam obligare non liceat. Interdum tamen excusaretur.

Advers. Quasi Serviana.

Sequitur ut videamus de Q. Serviana sive hypothecaria actione. Dicitur autem Q. Serviana, quia ad exemplum Servianæ instituitur: Unde & utilis Serviana dicitur *l. 1. C. de precar. l. 1. C. Comm. de leg. l. 1. §. 2. cum prædium. D. de pign.* Passim etiam hypothecaria vocatur, *ut hîc, & l. 13. aliquando. D. ad Vellei. d. l. 1 C. com. de leg. §. 2. sed olim. in fi. supr. de legatis. §. præterea. infr. h. t. Et Martianus ac Gajus lib. singul. scripserunt Ad formulam hypothecariã.* Vocatur & pignoratitia, sed cum adjectione, Pignoratia Serviana. *l. 3. §. 3. est autem. D. Ad exhib.*

Imò

Imò Paulus etiam simpliciter pignoraticiam vocat se abusivè. *l.* 41. *D. de pig.act.& l.*13 *D.de cond.indeb.* Plerumque tamen si simpliciter dicatur pignoratitia, intelligenda est non actio in rem, de qua hîc agimus, sed in personam: de qua supra dict. *ad* §. *ult. t Quib. mod. re contr. oblig.* Ubi & differentias aliquot indicavimus inter has 2. actiones, hypothecariam & pignoratitiam. V. g. Quòd pignoratitia oritur ex contractu, qui re fit, id est, ex pignoris traditione, ideoq; in personam est & civilis & bonæ fidei partim directa, partim contraria, daturq; debitori contra creditorem soluta pecunia, pro qua pignus datum fuerat, ut creditor debitori id restituat: Hypothecaria vero oritur ex nudo pacto, & est in rē prætoria & arbitraria, tantum directa, non contraria, ac datur creditori ad persequendum hypothecam pecunia nondum soluta. NB. diff. hypothecaria datur tàm pignoris quàm hypothecæ nomine, ut inf. dicam. Pignoratitia tantum pignoris dati nomine. R. Diff. Quia cum hypotheca nunquam tradita sit creditori, non potest etiam ab eo restitui, quod pignoratitia actione intenditur. Dixi, hypothecariam dari contra quemlibet possessorem. Ergo etiamsi debitor vendiderit rem, conveniri adhuc potest emptor, quia res cum sua causa, id est, onere pignoris in eum transiit. Intellige, si non consentiente creditore venditio facta sit. Nam si consentiente, nec pactus sit, salvam sibi fore pignoris sui causam, extinguitur hypotheca, nec hypothecaria locum habet, nisi res vendita ad debitorem postea reversa fuerit. *l.*18.§.2.*D.de pig.act.l.*12.*C.de distr. pig. l.*4.§.1.*l.*7. *in pr. & l.*10.*in pr.D.de Quib.mod.pig.vel hypoth.solv.l.*158.*D. de reg.jur.* Dixi hypothecariā oriri ex nudo pacto jure honorario. *l.*17. *si tibi.*§.*de pignore. D.de pact.* Jure enim civili ex pacto non nascitur actio. *l.*7.§.*sed cum nulla.D.de pact.* Ac ne prætor quidem ex omni pacto actionem dare potest, ne faciat contra jus civile. Tuetur ergo & servat pacta datis exceptionibus *d.l.*7. Cur autem hîc & hypotheca, quæ nuda conventione constituitur, actionem det, hoc fit ideo, quia præcessit alia obligatio principalis, sive ea naturalis sive civilis sit, cui confirmandæ adhibetur hypotheca. *l.*5. *D. de pign.*

Facilius igitur hîc fuit Prætori actionem dare: quemadmodum & in constituto, (quod etiam nudum pactum est, sed de præcedente aliquo debito,) paulò post videbimus §. seq. Cur autem conventio sive pactum pignoris non pariat actionem in personam, sed in rem, ratio est, Quia hoc non agitur inter contrahētes, ut obligetur persona, sed ut res. Semper autem spectare oportet, quid actum sit inter contrahentes. Actus enim non debent operari ultra intentionem agentium: ut vulgò dicitur *arg.l.*55.*in omnib. D.de O. & A.* Ita rectè Oldendorp. *class.*5.*act.*10. Non solum autem de hypotheca propriè dicta, ubi scilicet nunquam creditori res tradita sed nuda tantum conventione vel lege vel testamento obligata fuit; sed etiam de pignore tradito datur hypothecaria, si fortè creditor ejus possessionem amiserit. *l.*13.*grege.*§.3.*& in superficiariis. D. de pign.* Nam quoad hanc actionem hypothecariā nulla est inter pignus & hypothecam differentia: *ut hic.& l.*5.§.1 *inter.D.de pign.* ubi ait Martianus, nominis sono inter eas tantum differre, quia scilicet alterum sit Latinum, alterum græcæ originis, quāvis & ipsum Romani usu suum fecerint. Quod ut intelligatur primùm hoc meminisse

minisse debemus, sæpè in jure unum idemque verbum & genus significare & unam aliquam speciem ejus generis ut supra, Adoptio, contractus, actio, &c. Ita hic pignus. Secundò duobus modis contrahi pignus: vel traditione rei facta creditori à debitore, qui est contractus qui re fit: de quo supra dictum, vel nuda conventione & pacto, quo placuit inter creditorem & debitorem, ut res aliqua etiamsi non tradatur, tamen pro debito obligata teneatur: quod vel tacita vel expressa conventione effici potest. Utrumque pignus dicitur, si generaliter accipias pignoris verbum. *l.1. in pr. & §.1. D. de pign. act. l.4. in pr. D. de pactis d. §. adipiscendæ. vers. interdum quoque. inf. de interd.* Ubi pignus usurpatur pro hypotheca. Propriè tamen pignus appellare placuit id, quod priore modo contractũ est, id est, per traditionem, maximè si res sit mobilis, quæ manu sive pugno comprehendi & in manum tradi possit, nam pignus à pugno dictum est, *ut hic, & l. 238. plebs. §.2. pignus. D. de V.S.* Hypothecam vero eam rem, quæ posteriore modo, sine traditione nuda conventione obligatur, nec possessio ad creditorẽ transit. *ut hic. & l.9. si rem. §.2. propriè. D de pign. act. l.4. & l.13. grege. §.3. & in superficiariis. D. de pign.* Hypotheca tamen non tantum constitui potest conventione, sed etiam à lege, quæ sine facto hominum, quibusdam in causis hypothecæ jus in alterius bonis concessit. Ut uxori nomine dotis in bonis mariti. *l. un. §. & ut plenius. C. de rei uxor. act. de qua inf. §. fuerat vers. sed & tacitam. h.t.* Sed quæ est ratio differentiæ, quæret quispiam, cur cum fidejussorem maritus pro dotis conservatione & restitutione dare non cogatur *t.t. C. ne fidejuss. vel mand. dot. dentur.* tamen hypothecæ onere bona ejus prægraventur hoc nomine? Quæ inquã hujus differentiæ ratio sit. Resp. hanc esse quod non adeò ignominiosum sit, aut opinionem alicujus gravet dare pignus quàm dare fidejussorem cogi. Etenim in pignore securitas tantum crediti versatur: in fidejussione vero fides personæ, & alterius potius personæ quam mihi fidem haberi, mihi quodammodo ignominiosum est. Deinde animadvertendum est, facilius admitti tacitam hypothecã, quam vel expressam vel pignus, quod à marito non exigitur. Sic vice versa marito quoq; lex dedit tacitam hypothecam in bonis ejus, qui dotem promisit nec dedit, vel talem dedit, quæ evicta est. *d. l. un. §. & ut plenius.* Sic liberis quorum in bonis adventitiis parentes habent usumf. & administrationem, hoc nomine bona parentum tacitæ hypothecæ jure obligata sunt & quidẽ ab initio administrationis *l.6. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* Sic legatarij, itemq; fideicommissarij pro consequẽdis legatis & fidei ibi relictis habent tacitam hypothecam in bonis testatoris *l.1. C. com. de legat.* de quo sup. *§.1. legat.* Sic pupillis & minoribus obligata sunt bona tutorũ & curatorum pro administratione *l.20. pro officio. C. de admin. tut. l. pen. C. In quib. caus. pign. tac. contr. d. l. un. vers. quemad. in adm. tut.* Sic ei quoq; qui ad refectionem ædium pecuniam dedit mutuam. *l.1. D. In quib. caus. pig. tac. contr. l. interdum. & l. seq. D qui potior in pign.* Item ei, ex cujus pecunia res comparata est, si ad id expressè dederit. *§. his consequens. Nov. 97. de æqual. dot.* Sic fiscus habet tacitam hypothecam in bonis administratorum & debitorum suorum *l.1. C. in quib. caus. pign. tac. contr. l.1. & 2. C. de privil. fisci. Vide Reform. Norimb. tit. 21. l.1. & 4. seqq.* His igitur omnibus datur ista actio Q. Serviana sive hypothecaria:
Ex

Ex quo intelligimus, eam longè frequentiorem esse & pluribus dari, quàm ipsa Serviana, quæ tantum domino fundi contra coloni res datur, & quidẽ non semper, sed tum demum cum eæ res expressè obligatæ sunt, ut sup. dict. Effectus tamen harum actionum idem est, ut scil. res restituatur creditori: de quo repetenda sunt, quæ supra dixi *ex l.16.§.in vindicatione.D de pign.* Hoc tantum addatur, multum interesse, contra ipsum debitorem ejusvé hæredes possessores agas, an contra alios possessores. Illo enim casu potest creditor pro arbitrio vel actione personali agere, quæ ex obligatione scil. principali descendit, vel hypothecaria, utra velit. *l.24.persecutione.C.de pign.* Hoc casu hypothecariæ non est locus, nisi prius excusso principali debitore ejusq; fidejussoribus. *Nov.4.unde.auth.hoc si debitor.C.d.t.l.ult.& auth.sed hodie.C.de obl.& act.* quomodo & debitor principalis prius conveniendus est & excutiendus quàm ad fidejussores perveniatur. Deinde si debitor ejusve hæres conveniatur hypothecaria, non potest causari & excipere, Rem non fuisse in bonis suis cum obligaretur. *l.41.rem alienam.D.de pig. act.* Allegarent enim propriam turpitudinẽ. Si vero alius conveniatur, omninò probandum est creditori, rem in bonis debitoris fuisse. *l.15.& qua nondum.§.1.D. de pign.* Hoc quoq; addendum, hypothecariam extingui, si pignus volente creditore, nec salvam sibi pignoris sui causam reservante à debitore venditum sit. *Vide quæ sup. dixi, & l.158.D.de reg. jur.*

Ad §. In personam quoque.

Dictum est de Actionibus prætoriis in rem, quibus infra etiam præjudiciales quædam adjiciuntur, *in § præjudiciales.h.t.* Sequitur de prætoriis in personam: De quibus hoc ordine Imp. pertractat, ut præmittat eas, quæ sunt rei persecutoriæ ex contractu vel q. contractu & negotio aliquo culpa vacuo: subjiciat eas, quæ sunt personales ex delicto aliquo extraordinario sive prætorio. Prioris generis sunt hæ 3. 1. actio de constituta pecunia: 2. actio de peculio. 3. actio in factum, sive actio utilis ex jurejurando. Quæ hic primò conjunctim proponuntur, postea eodem ordine singulatim explicantur, *usque ad §. pœnales.* Prima actio variis nominibus appellatur, nam & actio de pecunia constituta dicitur, & pecuniæ constitutæ, & actio de constituta & actio constitutoria, passim *in D.& C. de pecun.const.& hic, item apud Paulum lib.2.tit.2.* Initio autem breviter admonendum, aliquot esse verba, quibus significatur promissio alicui facta, ut promittere, polliceri, recipere, pacisci, constituere, spondere, fidejubere: inter quæ longa est apud Latinos differentia. Germ. Zusagen / geloben / versprechen / gereden / verheissen. Promittendi verbo etsi etiam de pactis utimur: interdum tamen de stipulatione usurpatur. *§.si scriptum.sup.de inut.stipul.& dixi ad tit. de V.O. vide l.19.sciendum.§.2.dictum.D.de ædil.ed.l.1.§.4.eum qui.D. de const. pec.* Vbi verbum promittendi opponitur ei quod est constituere. Pacisci semper de pacto dicitur: ut spondere de stipulatione: interdum tamen etiam pactionis loco accipitur. *l.7.§.12. quod ferè. D.de pact.* Polliceri de solius offerentis promisso dicitur. *l.3.D.de pollicit.* in quo differt à pacto, quod est duorum pluriumvé consensus atque conventio. *d.l.3.& l.1.§.2.& est.D.de pact.*

Fidejubere propriè dicitur de eo, qui pro altero intervenit & obligatur *tot. tit. sup. de fidejuss.* Recipere majorem vim habet quàm simpliciter pacto promittere, & propius accedit ad stipulationem; nam & certis ac sollennibus quibusdam verbis utebatur is, qui facturum daturumve se recipiebat: & maximè huic verbo locus erat in argentariorum promissionibus. Unde oriebatur actio receptitia, quæ hìc nominatur, & *& in l. 2. C. de constit. pec.* & de qua dicam paulò post.

Constituendi deniq; verbum Latinis autoribus aliàs est ponere & collocare ac stabilire, id præsertim quod antea vacillabat & infirmum erat. Sed in jure peculiari quodam modo usurpatur, & vix amplius valet quàm pactum: nam & constitutum pacti quædam species est, cum in utroq; tàm in pacto quàm in constituto tantum naturalis sit æquitas, propter fidem scilicet, quam servare maximè congruit hominibus. Fallere autem & frangere grave nec ferendum est. *l. 1. in pr. D. de pact. l. 1. in pr. & l. 25. illud in pr. D. de constit. pec. l. 20. non minorem. C. de transact.* Fidem qui perdit perdere ultra nil potest, inquit Mimograph. Et, Fides ut anima unde abiit, eò nunquam redit. Præclare & Epictetus apud Arrianum *lib. 2. cap. 4.* ὅτι ὁ ἄνθρωπος πρὸς πίστιν γέγονε, καὶ τοῦτο ὁ ἀνατρέπων, ἀναιρεῖ τὸ ἴδιον τοῦ ἀνθρώπου. Et plura in eandem sententiam ibidem subjiciuntur. Homo, inquit, ad fidem colendam natus est. quam qui evertit ac tollit, is tollit id quod propriũ est hominis, facitque ut nullus deinceps ipsi in genere humano locus relinquatur, utpote ad nullam vitæ partem utilis. Quibus addo insignem Cassiodori locum *ex 5. Variar. Epist. 40.* Inter mundi fluctuantes procellas, unde se humana fragilitas contineret, si nostris actibus mentis firmitas non adesset? hæc inter socios amicitiam servat: hæc dominis pura integritate famulatur: hæc supernæ Majestati reverentiam piæ credulitatis impendit: & si beneficium tantæ rei latius quæras incommutabilis fidei est, omne quod bene vivitur. Memorabiliter quoque ait Simplicius in commentar. ad Enchirid. Epicteti. τὰς ἐπὶ τοῖς τυχοῦσιν ὁμολογίας παραβαίνειν ἄτοπον καὶ ἀσεβὲς δοκεῖ, ὡς τῆς ἀληθείας, καὶ τῆς πίστεως, δι' ὧν τὰ πάντα ἐπίσταται (lego. ὑφίσταται, καὶ μένει. ὅσον ἐφ' ἡμῖν ἀναιρουμένων. Absurdum inquit, & impium esse videtur, pacta conventa, etiam super rebus levioribus migrare, quod qui pacta violat, is quantum in ipso est, veritatem & fidem duo illa fundamẽnta, quibus omnia consistunt, violet & evertat.

Priusquam autem videamus quid sit constitutum, cui & contra quem & ex qua causa hæc actio de pecunia constituta detur, separanda est ab ea vetus actio receptitia sive de recepto. Cum enim ea esset partim latior ac plenior, partim angustior actione de constituta pecunia: Justinianus eam tanquam supervacuam & inutilem ab usu removit, & quod in ea plenius erat, in action. pecun. const. transtulit atque transfudit *l. 2. C. de const. pec.* quæ hic laudatur. Differentias qui volet colligere poterit *ex d. l. 2. & ex Theophilo.* Ut quòd 1. Receptum fiebat sollennibus verbis, & ab argentariis, & fiebat tantum inter præsentes & de quibusvis rebus, etiam quæ non fuissent debitæ. 2. Constitutum quibuslibet verbis, ut pactum, & à quibusvis hominibus, & inter absentes quoque & tantum de rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, in quibus & mutuum

tum consistit, quæ antea jam debitæ fuissent. Item receptitia actio erat perpetua: de constituta pec. sæpè tantum annua. Item dubitabatur, an debitum sub conditione vel in diem posset purè constitui: de quo in recepto non dubitabatur. Item Receptum erat civile negotium, & actio receptitia civilis, ut & stipulatio constitutum prætorium & pecuniæ constit. actio prætoria, qualis est etiam hodie.) Nos in actione obsoleta explicanda diutius non immorabimur. Sic & aliâs Justinianus SC. Pegasianum transfudit in Trebellianum. §. *sed quia stipulationes. sup. de fideicomm. hæred.* Et rei uxoriæ actionem in actionem ex stipulatu pro dote. §. *fuerat. inf. h. t. l. un. C. de rei uxor. act.* in ex stipulatu actionem transfusa, Studio scil. minuendarum actionum & litium. Peccatum enim est fieri per plura quod potest fieri per pauciora, & hoc inprimis studio habuit Imp. ne quicquam supervacaneum in jure à se composito relinqueretur: ut ipse profitetur in quadam præfatione Pandectarum.

Definiri potest constitutum, quòd sit conventio, qua quis sine stipulatione sed quibuscunque verbis promittit, se soluturum illi ipsi cui constituit, quod vel ipse vel alius debet. Vel brevius: Est pactum prætorium de præcedente aliquo debito solvendo per constituentem ei ipsi cui fit. Dixi constitutum esse conventionem. Fit enim consensu. *l. 1. in pr. D. h. t.* & quidem nudo, ut quodvis aliud pactum. *l. 1. §. 2. & est pactio D. de pact.* & fit etiam inter absentes. *l. 14. §. ult. & l. seq. h. t.* nec probandum est, quod quidam volunt, constitutum esse contractũ: in quibus est etiam *Cujac. in parat. D.* ut nec eorum sententiam sequemur, qui volunt esse pactum legitimum, de quo genere pacti est *l. 6 D. de pact.* Sed est, ut dixi, pactum prætorium. Cur autem (inquies) prætor actionem dat ex hoc pacto, cum ex nudo pacto non soleat dari actio? Ratio eadem est quæ sup. de hypotheca dicta est, quia scilicet hoc pactum ad aliquam aliam obligationem præcedentem accedit atque adjungitur, ut mox dicam: ut proinde vix amplius videatur esse nudum pactum. Quod autem Ulp. ait *l. 1. D. h. t.* Prætorem ideo custodire constituta, quoniam grave sit fidem fallere: id restringendum est ad hunc tãtum casum: Grave inquam est in constituto fidem fallere, quod scilicet accessit priori alicui obligationi. Alioqui enim ex illa ratione si generaliter acciperetur, ex omnibus pactis danda esse actio, cum in omnibus illis versetur fides. *l. 1. D. de pact.* (Ita rectè Donellus hîc) Et tamen ea prætor servat tantùm exceptiones ex illis dando, non etiam actiones. Cum igitur ex constituto detur actio favore æquitatis naturalis, manifestum est nullam competere, si quis dolo persuasus se debere constituerit. *l. ult. D. d. t.* nec civilem inquam, nec naturalem. Deest enim consensus. Porrò dixi, constitutum fieri sine stipulatione, id est, sine interrogatione & responsione solenni: in qua forma & substantia stipulationis posita est, *ut d. sup ad init tit. de V. O. ex l. 5. §. 1. D. de V. O* Constitutum potest fieri quibuscunq; verbis, Stipulatio non potest fieri inter absentes. *l. 1. D. d. t.* Constitutum vero fit tàm inter absentes quàm inter præsentes. *d. l. 14. § ult. & l. seq. D. de pec. const.* Quod si stipulatio interposita fuerit, is qui promisit jure civili tenebitur. *ut hic §. de constituta. in fi.* Est enim stipulatio contractus civilis, & verborum obligatio, unde vel certi condictio vel actio ex stipulatu nascitur, civilis est

 o' li-

obligatio, civilis actio, *ut sup. d. ad tit. de V.O. fac. l. 24. Titius. D. d. t. de pec. constit.* Sed quæritur, an is qui stipulatus est, & ita actioné civilem sibi paravit, possit etiam constitutoria experiri? Id quidam existimant, sed malè *arg. l. 15. §. cum quis juncta l. 14. D. de precar. & arg. l. 1. §. 1. D. de publ. in rem. act.* Quid? si stipulatio fuerit inutilis, dabiturné actio de constituta? Non dabitur. *l. 1. §. eum qui. D. de constit. pec.* ubi & ratio, quia animus non fuit constituendi, sed promittendi. Præterea dixi, quod debet. Debitum igitur aliquod præcedere oportet, cui accedat constitutum. Sic enim erant verba edicti, qui pecuniam debitam constituit, *l. 1. §. 1. D. de const. pec.* Idque bis inculcatur *in l. 2. C. eod. tit.* Pro jam debito fiat constitutum, & mox: Hoc tantummodo constituatur quod debitum est. Qua in re differebat olim à constituto receptum *ut sup. d.* cum in receptum venire possent etiam pecuniæ indebitæ, *ut est in d. l. 2.*

Notandum est autem, hoc præcedens debitum vocari sortis obligationem *in l. 18. item illa. §. ult. D. de const. pec.* ut & in *l. 36. si actor. D. de jurejur.* Et hactenus constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit. *l. 11. D. de const. pec.* Ultra modum vero debiti si quid constituatur, non valet, quatenus scilicet excedit debitum *d. l. 11. §. 1. & ex l. seq. D. eod.* Sic si maritus plus quam facere potest ex causa dotis constituerit, tenetur quidem in solidum, sed condemnatur uxori in id quod facere potest, *l. 3. in pr. D. d. t.* Sed minus debitum constitui potest, ut si is qui XX. debet, constituat se X. soluturum *l. 13. D. eod.* Satis est autem tunc debitum fuisse cum constitueretur, etiamsi actio fuerit temporalis. *l 18 §. 1. D. d. t.* Satis etiam est debitum esse, quamvis nullus appareat qui interim debeat. *d. l 11. §. 1.* Sed an & aliud quàm quod debetur constitui potest? Respondeo. Cum volēti creditori res pro re solvi possit secundum ea quæ sup. d. *ad init. tit. quib. mod. toll. obl.* Potest etiam constitui *l. 1. §. an propter D. de const. pec.* Sic pretium quoque servi debiti constitui potest. *l. 21. & 23. D. eod.* Aliud est in fidejussione. Nam fidejussor non potest obligari in aliam rem quàm quæ credita est. *l. 42. si ita. D. de fidejuss.* Nihil autem interest ex qua causa debeatur, an ex contractu vel quasi contractu: an ex delicto vel quasi delicto. *l. 1. §. 6. debitum. l. 29. D. de const. pecun.* Deinde, nihil interest, an debitum sit naturale, an ex aliqua obligatione prætoria *d. l. 1. §. pen. & ult.* Si quis autem id constituerit, quod jure quidem civili debebat, prætorio vero non debebat, puta, quia actio exceptione aliqua excludi posset, non tenebitur. Rationem reddit Ulp. sed obscuram, *in l. 3. §. 1. D. de const. pec.* Quia juribus, vel, (ut alij legunt) viribus non est debita pecunia quæ constituta est, quod sic explicandum videtur. Ideo non potest tale debitum constitui, quia prætor alioqui repugnaret sibi ipsi, si constitutum tale custodiret, contra æquitatem exceptionis quam dat contra talem actionem. Præterea nihil interest qualis sit res, quæ debetur, mobilis an immobilis. Omnes enim res quæ in stipulationem deduci possunt, etiam constitui possunt, idque significatur satis ipso pecuniæ verbo, quo omnes res comprehenduntur: cum omnes res ad pecuniam numeratam quodammodo redigi possint. *l. 5. l. 178. l. 222. Pecunia. D. de V. S. l. 2. C h. t.* Adhæc potest quis quod uno loco debet constituere se altero loco soluturum. *l. 5. in pr. & l. 16. §. 1. D. de const. pecu.* Deniq; nihil interest, an debitum sit

purum,

purum, an sub cōditione, an in diem. *l.3.§.ult. & l.19.D.d.t.* Quinimo ex sententia Labeonis constituta potissimum introducta sunt, 1. propter has pecunias, quæ nondum peti possunt. *d.l.3.* Quod si is qui debebat alternativè sive sub distinctione illud aut illud, puta, Stichum aut Pamphilum, alterum se soluturum cōstituerit, poteritné alterum quod non constituit, invito creditori solvere? Non potest. Frangeret enim fidem rei constitutæ. Ideoq; idipsum quod constituit solvere debet. *l. illud aut illud. 25.D.de pecun.const.* Unde apparet, quasi novationé quandam prioris obligationis hîc factam esse per constitutum. Vera tamen novatio nō fit per constitutum. *l.3.§.in eum. D.de admin.rer.ad civit.pertin.* Fit enim omnis novatio vera per stipulationem. *§.præterea.sup. quib.mod.toll.obl.* Constitutum verò fit sine stipulatione, *ut sup.d.* Dixi, quod vel ipse vel alius debet, *ut hic in verb.pro se vel pro alio.* Nam quod exigimus ut sit debitum quod constitutuitur non in personam sed in rem, exactum est, id est, generaliter ab aliquo deberi necesse est, quicunque ille sit sive ipse qui constituit sive alius. *l.5. §. quod exigimus.D.de const.pec.* Exempla constituti pro alio facti sunt *in d.l.5. & in l.26. D.d.t.* Et apud Paulum Apostolum in Epist. ad Philemonem, quod observavit Cujac.in parat. (Nam ut alius pro alio solvere eumq; liberare potest, *ut sup. dict. ad §.1.tit.quib.mod.toll.oblig.* Ita etiam alius pro alio constituere potest. *d l.5.* Et parvi refert, utrum præsente an absente debitore quis constituat, cum etiā pro invito constituere possit. *l.27.D.de const.pec.* sicut etiam solvere *l. 23. D. de solut.* In eo tamen solutio differt à constituto pro alio facto, quòd solutione liberatur debitor, constituto non liberatur, sed adhuc obligatus manet. *l. 28. ubi de const. pec.* Sic etiam actione constitutoria non tollitur debitum sive obligatio præcedens, solutione tollitur & illa sortis obligatio, & hæc nova prætoria ex constituto. Hoc enim volunt illa verba: Solutio ad utramque obligationem proficit. Notandum tamen hîc, si id quod mihi debebatur, tibi constituatur, non auferri mihi meum jus & actionem, nisi ex voluntate mea tibi constituatur. *arg.l.8.§.ult. D.de novat & l.11.D.de reg.jur.* Notetur etiam hîc differentia inter constitutum & fidejussionem: nam pro se nemo fidejubet *init.tit.sup.de fideiuss.* Sed pro se aliquis constituere potest. Dixi, se soluturum, nam de se quemque promittere oportet, non de alio. *§.si quis alium.sup.de inut.stipul.* factum vero alienum inutiliter promittitur. *l.65.sicut reus.D.de fideiuss.* Si quis ergo constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur. *l.5.§.sed si quis.D.de const. pec.* neque is inquam, qui constituit, neque alter ille, pro quo constitutum est. Huic enim nullum præjudicium inde generatur, nisi consenserit. Quæ exceptio est *in Nov.115. §.ult. unde est Auth. si quando.C.de const.pec.*

Potest tamen quis constituere se non soluturum, sed satisfacturum, id est, pignus vel fidejussorem daturum. *l.14.§.11. & 12.l.21.§.ult.D.d.t.* Quòd si constituerit se solututum & offerat satisfactionem, id est, paratum se dicat pignus vel fidejussorem dare, non satisfacit constituto. *d.l.21.* Etsi enim satisfactio pro solutione esse dicitur. *l.52.D.de solut.* Reipsa tamen differunt. Quid, si plures sint qui constituerunt, se soluturos? Hic distinguendum.

Aut enim pro se ipsis, aut pro alio constituêre. Si pro suo debito, stricto jure cum singulis in solidum agi poterit. *l. 16. D. de pec. const.* Sunt enim hîc duo rei promittendi, quos singulos teneri in solidum sup. dict. est *ad §. ex hujusmodi. tit. de duob. reis stip.* Sed ex *Nov. 99.* postulare possunt, ut inter se dividatur actio, & pro parte singuli conveniantur. Unde sumpta est *Auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Sin vero alienum debitum constituerint, tenentur quidem etiam singuli in solidum ipso jure. Sed Justinianus his concessit beneficium divisionis. Nam Epist. D. Hadriani, quæ hoc dederat pluribus fidejussoribus, ut dict. *ad §. si plures. sup. de fidejuss.* produxit etiam ad plures reos constitutæ pecuniæ. *l. ult. C. de const. pecu.* Denique dixi, se soluturum illi ipsi, cui constituit. Nam si quis Titio constituerit se Sempronio soluturum, non tenebitur. *d. l. 5. §. item si mihi. D de pec. const. Ubi in §§. seqq. & in l. 6. cum 4. ll. seqq.* exponuntur personæ, quibus constitui possit. Sicut de personis, quæ constituendo obligari possint, vel non, agitur in *l. 1. §. 1. & seqq. D. d. t.* v. g. Mulier suum debitum rectè & utiliter constituit. Alienum non item. Non enim potest pro alio intercedere, vetante id SCto Vellejano. *l. 1. & toto tit. D. ad SC. Vellej.*

Pupillus autem nec pro se nec pro alio constituere potest, sine tutoris autoritate. *d. l. 1. §. de pupillo. D. de const. pec.* arg. eorum quæ supra dixi *ad init. tit. de aut. tut.* Idem dicendum de furioso & aliis personis, quæ non obligantur nec alienare possunt. Et ex his sumenda est restrictio universalis illius orationis, qua Imp. hîc utitur. Cum omnibus agitur quicunque constituerint: scilicet si sint ejus conditionis personæ, ut obligari possint. Sic & aliàs per manus traditum est: Verba legum quantumvis generalia ad idoneas tantum personas restringenda esse. *l. 2. §. prætor ait, in verb. Qualiscunque fidejussor. D. Qui satisd. cog.* Ubi Bart. Jas. & alij. Exposui ferè omnia quæ de constituto dici possunt. Nam ex his jam intelligi potest.

I. Cui illa actio pecuniæ constitutæ detur. Nimirum ei, cui constitutum est, ejusque hæredibus; si vero servo vel filiofamiliâs, actio acquiritur patri. *l. 5. §. ult. & 2. ll. seqq. D. de pec. const.* secundum ea, quæ supra dicta sunt. *tit per quas personas cuique acquir.*

II. Contra quem, videlicet contra ipsum qui constituit, ejusve hæredes. *l. 1. & 2. C. de const. pec.* Ratio dubitandi, cur in hæredes hæc actio non videtur danda, exponitur à Cujacio *in parat. C. d. t.* Quia pœnalis videbatur ad coërcendam improbitatem, qui fidem fregisset ac fefellisset ad diem condictum. Est enim quasi delictum frangere fidem. Atqui pœnales actiones ex delictis non competunt adversus hæredes. *§. 1. inf. de perpet. & temp. act.* Ratio tamen decidendi est. Quia magis est, hanc actionem esse rei persecutoriam. *l. 18. §. pen. D. de pec. const.* Significat JCtus illo ipso articulo, Magis est, fuisse olim controversiam inter JCtos, sed obtinuisse eam sententiam quam exposui.

III. Ex qua causa detur etiam supra dictum est, Nimirum ex æquitate naturali, ut fides servetur, cui hîc tantò magis favet prætor quàm in aliis simplicibus pactis. Quia constitutum accedit ad prius debitum, non enim constituitur nisi quod aliquo jure jam debetur, ut supra dictum.

IV. Datur

IV. Datur ad id, ut fiat quod constitutum est, v.g. ut solvatur, ut pignus vel fidejussor detur vel ut in id condemnetur quod interest is qui constituit & non fecit. *l.14.§.1.& seq.l.21.promissor.§.ult.D.de pec.const.* Sed quàm diu competit hæc actio? Ad 30. annos. Hæc enim est mensura vitæ actionum personalium. *d.l.2.C.de const.pec.* Nec obstat quòd sit actio prætoria: Et proinde non ultra annum danda videatur. Nam & prætoriæ actiones, quæ rei persecutionem habent, perpetuæ sunt. *l.35.in honorariis.D.de obl.& act.*

Ad §. Actiones autem.

Altera actio prætoria in personam est de peculio, ad quam pertinet *t.tit.D.de peculio.& tit.C.Quod cum eo, qui in aliena pot.* De eadem agitur iterum *in §.Sunt præterea.infr.h.t.& §.præterea.infr.tit.prox.* Ubi de toto genere earum actionum tractatur, quæ dantur contra dominum vel patrem ex contractu servi vel filiifam. Hîc eo tantum consilio istam actionem attingit Imp. ut doceat quam ob causam prætor eam introduxerit & dederit contra patrem vel dominum, ex contractu eorum quos in potestate habent, cum id alienum esse videatur à ratione & regula juris civilis. Nam jure civili uniusquisq; tantum ex proprio, nemo ex alieno actu vel contractu obligatur. *l.11.quæcunq.D.de obl.& act.* Ac ne filius quidem pro patre vel pater pro filio, aut uxor pro marito vel contrà obligatur. *tit.C.Ne uxor pro mar.& tit.C.Ne fil.pro patr.l.8.§.ult.D.de accept.* Multo minus ergo dominus pro servo *l.pen.C.Quod cum eo qui in al.pot.* Cum servos ad id habeamus, ut per eos conditio nostra melior fiat. *l.melior.133.D.de R.I.* Datur ergo jure civili actio contra ipsum filium tanquam patremfam. si ex contractu vel quasi, aut ex maleficio vel quasi obligatus sit. *l.filiusfam.39.D.de obl.& act.l.tàm ex contractib.57.D.de jud.* Contra servum vero nulla datur actio. *l.6.& l.seq.C.de jud.* Imò in servilem personam nulla cadit obligatio civilis. *l.nec servus.41.D.de pecul.* cum servus jure civili pro mortuo habeatur. *l.32.quod attinet.D.de R.I.* Pater igitur vel dominus jure civili non tenentur iis, quibus filius vel servus ex quacunque causa tenentur. Si igitur actione aliqua teneri eos volumus, prætoris beneficio & auxilio opus est, qui suo more æquitatem naturalem hîc spectavit & actionem dedit. Æquitas hæc primum in eo consistit, Quod pater vel dominus ex peculio filii vel servi lucrum sentiat.

Meritò igitur etiam onus & incommodum sustinet obligationis & actionis, *arg.l.1.D.de instit.act.* cum secundum naturam hoc sit. *l.10.D.de reg.jur.* Et absurdum sit alium commoda habere alicujus rei, alium onera sentire. *L.15.§.ult.D.de leg.præst.* Deinde, quia Pater vel dominus concedendo peculium vel expressè scilicet vel tacitè, etiam permisisse videtur iisdem, ut contrahant ac negotientur, maximè si liberam administrationem simul concesserit. Qui ergo cum iis contrahentes fidem ipsorum secuti sunt, non debent inde damnum sentire. Tertiò in eo quoque æquitatem spectavit prætor, quod non in solidum actionem dedit, sed in id tantum, quantum est in peculio, sive quatenus vires peculii patiuntur. Hoc enim est, peculiotenus condemnari sive fine peculii, v.g. Filius meus negotium tuum gessit, vel tutelam administravit, vel rem commu-

nem tecum habuit, ex eaque causa debet tibi C. In peculio autem ipsius tantum sunt. L. Etsi igitur filius meus in solidum, id est, in C. tibi obligatur civiliter, Ego tamen actione tutelæ vel negotiorum gestorum conventus condemnabor tibi tantum de peculio, id est, *in 50. §. sunt præterea. infr. h. t.* Non enim plus est in peculio, nec æquitas patitur, ex qua jure prætorio actio contra me datur, ut plus à me exigatur, cum civiliter planè non sim obligatus, ut qui ipse non contraxerim tecum, imò etiam prius inde deducam, si quid mihi debetur à filio meo aut alijs, qui in eadem sunt potestate. Observandum est autem actionem de peculio non esse proprium quoddam & per se subsistens actionis genus, sed adjectionem quandam ad alias actiones. Unde rectè Imp. hîc ait, Actiones de peculio, & non Actio de peculio. v. g. Emit à te filius meus, conduxit rem tuam, accepit à te commodato, vel in causa depositi societatem tecum coijt, negotia tua gessit, Tutelam administravit, datur tibi contra me actio ex empto de peculio: actio locati de peculio: actio commodati, actio depositi de peculio: actio pro socio de peculio & sic de cæteris. Idem dicendum est de exercitoria & institoria, alijsque actionibus, quæ contra patrem vel dominum dantur ex gesto ab ijs, quos in potestate habent, *ut tit. prox. apparebit.* Idem quoque de noxalibus act. Deinde notandum, Actionem de peculio dari in patrem vel dominum ex contractu filijfam. vel servi ut hîc. Contractus autem verbum ita nos hîc exaudire oportet, ut etiam quasi contractum comprehendat, sed ex delicto vel q. delicto filijfam. pater de peculio non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est, cum sit iniquissimum ex furto aliove delicto filij vel servi patrem vel dominum impunè locupletari. *l. 3. §. pen. D. de pecul.* Aliàs autem si non sit inde locupletior, non solet ex pœnalibus causis in patrem vel dominum actio de peculio dari. *l. 58. D. de R. I. l. 1. §. si filiusfam. D. de his qui eff. vel dejec.* Qua de re supra quoque egimus *ad §. si filiusfam. tit. præced.* Sed tamen si filius suo nomine conventus & condmnatus fuerit ex causa delicti, in patrem dabitur actio Judicati de peculio. Jam enim nō spectamus originem judicij, sed obligationem ipsam Judicati. Nam judicio quoque contrahitur & novatio quædam fit *d. l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. l. aliam. 29. D. de novat.* Sic actiones in rem etiam non dantur in patrem vel dominum de peculio. *l. 18. §. ult. D. de castr. peculio. l. 36. D. de hared. pet.*

Imò nec ex contractibus omnibus filijfam. pater peculiotenus tenetur, ut ecce, ex mutuo ejus non potest efficaciter conveniri sicut neque filius ipse, ut cautum est SC. Macedoniano, de quo dicetur *infr. §. Illud propriè. t. prox.* Ait Imp. Peculium esse veluti q. patrimonium liberorū (intellige in potestate, non emācipatorum) itē servorum. Propriè patrimonium nō cadit in servos vel filiosfam. ut nec bona: Et vice versa peculium non est patrisfam. Est igitur peculium quasi patrimonium, *ut hîc & l. 19. §. 1. l. 35. & l. 47. §. ult. D. de pecul.* Peculium porrò unde sit dictum & quid ac quotuplex sit, pluribus exposui *supr. ad tit. per quas pers.* quæ præcognita habere & huc adferre oportet, prius quàm quæramus an de omni peculio in patrem vel dominum actio detur. Breviter, Peculium dictum q. pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. Est autem primò duplex, aliud

Ser-

Servorum, aliud Liberorum in potestate. Servorum peculium est uniusmodi: sicut in ipsa conditione servorum nulla est differentia. *§. ult supr. de jur. person.* Definitur autem id quod servus permissu domini separatum habet à rationibus dominicis deducto inde, si quid domino, vel alijs, qui in eadem potestate sunt, debetur. *l. 5. D. de pecul.* Liberorum peculium quia varium est, una communi definitione comprehendi non potest, cum homonyma non possint definiri. Est enim quadruplex peculium filiorumfam. Castrense, Quasicastrense, Profectitiũ & Adventitium: vel ut Donellus dividit per διχοτομίαν. est vel paganum. vel militare. Paganum subdividit in profectitium & adventitium: Militare vero in castrense & quasi castrense. Sed militare & Castrense idem sunt; nisi militiæ verbum generaliter accipias & improprie etiam pro ea quæ Togata dicitur, qualia sunt officia Magistratus, Advocatorum, Professorum. Quod autem fit jus singulorum ex d. t. Per quas personas nob. acquir. supr. repetatur. Hic illud tantum restat explicandum, An ergo de quolibet peculio in patrem actio detur ex contractu filijfam. vel ex q. contractu? Resp. Non de omni, sed tantum de peculio profectitio, quod pleno jure est patris, & de adventitio, eo, in quo usumfr. habet pater & legitimam administrationem, cum proprietas ad filiumfam. pertineat, secundum. *l. 6. cum oportet. & l. ult. C. de bon. quæ liber.*

De castrensi & quasi castrensi non tenetur pater, sed ea ad filium pleno jure spectant: adeò ut quoad ea habeatur pro paterfam. sive vice patrisfam. fungatur. *l. 2. D. Ad SC. Macedon. l. 6. §. ult. D. de injusto. rupto, &c.* Ideoque de his ipse filiusfam. & aget & convenietur, etiam patre invito. *l. 4. §. 1. D. de castr. pec. d. l. ult. §. 1. in fi. C. de bon. quæ liber.*

Quod ait Imp. patrem vel dominum ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneri, Ipso jure hic est idem quod jure civili, quod quasi per excellentiam solum vel certè præ cæteris juris partibus sit jus: cum jus prætorium nõ tàm sit jus, quã viva vox juris civilis, ej⁹ supplendi, adjuvandi, emendãdi causa addita. *l. nam & ipsum. D. de just. & jure.* Sic aliàs mero jure usurpatur in. *l. 16. in causa in pr. D. de minor.* Sic ipso jure competere actionem & à prætore dari opponuntur inter se. *§. 1 infr. de perpet. & temp. act.* Aliàs ipso jure fieri dicitur id quod fit sine facto & adjumento hominis, ut 1. cum dicimus, suos hæredes ipso jure existere, id est, sine aditione. *§. sui sup. de hæred. quæ ab intest.* 2. cum dicimus, Æs alienum hæreditarium ipso jure dividi inter hæredes proportionibus hæreditar. 3. cum dicitur non valere quid, ipso jure, sed per fideicommissum. 4. cum dicitur actio perimi ipso jure, id est, sine ope exceptionis. 5. Portionem legis Falcidiæ ipso jure apud hæredem manere. Vide plura apud Donell. *hic nu. 7. usque ad fin. & Pratei Lexicon.*

Ad §. Item si quis.

Tertia actio prætoria in personam est Actio in factum sive utilis ex jusjurando, quam actionem juratoriam non male diximus cum Oldendorp. *Clas. 1. act. 9.* Jusjurandum definit Philo libr. de Decalogo & libro sequente, ὅρκος οὐδὲν ἄλλο ἐστὶν ἢ μαρτυρία θεοῦ περὶ πράγματος ἀμφισβητουμένου. Et Clemens Alexandr.

Alexandr. 7. *Stromat.* ὁμολογία καθοριστικὴ μετὰ προσπαραλήψεως θείας· quam definitionem laudat *Cujac. in parat. Dig.* Eaque consentit cum Apostolica illa in Epist. ad Hæbreos *c. 6. v. 16.* Simplicius commentar. Epicteti definit τὴν διὰ θεοῦ μάρτυρα γενομένην ὁμολογίαν. Brevius Athanasius de passione & cruce Domini ὅρκος ἀληθείας ἐστὶ μάρτυς. Et Innocentius III. in c. *26.* etsi Christus de jurejur. Est confirmatio veritatis. Non autem ex quolibet jurejurando nascitur hæc actio (cujus variæ sunt species de quib. *Vide Borch. init. comment. de jurejur.*) sed tantum ex eo, quod vocant decisorium, quo scil. controversia aut lis inter aliquos deciditur. Unde à Cajo vocatur Remedium expediendarum litium. *l. 1. D. de jurejur.* Nam si actor intendat sibi à reo deberi, vel rem ab ipso possessam suam esse, reus autem hoc neget, deficientibus actori probationibus etsi reus plerumq; absovitur, *secund. l. 4. C. de edend.* tamen cōveniri potest inter litigatores, ut vel actor vel reus juret. Interdū etiā Judex in causis dubijs, considератis circumstantijs jusjurandū alteri imponere potest. Quod si reus juraverit se nō debere & tamen postea iterū ab actore conveniatur, dat ei prętor exceptionē ex suo jurejurando, quâ à se propulset illā actionē. De qua Exceptione hîc nō agitur, sed *in §. æquè. inf. de Except.* Si vero actor juraverit sibi deberi à reo, vel rem suam esse, prætor ex hoc jurejurando actionem ipsi accommodat eam, de qua hîc agitur. De utroque, id est, tàm de actoris jurejurando & actione ex eo, quàm de jurejurando rei & exceptione ex illo erat edictum prætoris, sed verba posterioris tantum partis relata sunt in Pandectis. *l. 3. in pr. & l. 7. & l. 34. §. ait prætor. D. de jurejur.* Omissis verbis prioris partis, cujus tamen Interpretatio à JC. facta passim habetur *sub d. t.* Ut autem ex jurejurando daretur actio, auxilio prætoris opus fuit. Jure namque civili nulla inde competit: cum jusjurandum habeatur pro nuda conventione sive pacto, ex quo jure civili actio non datur, ut supr. d. de constituto. Ita enim convenisse & pactus esse videtur reus cum actor cui jusjurandum detulit: Si juraveris à me tibi dari oportere, tunc soluam. Hanc conventionem tuetur Prætor, ex eaque dat actionem motus æquitate. Æquissimum enim ei visum est, tùm propter fidem conventionis & pacti, quàm fallere grave est, tùm propter religionem jurisjurandi. Quæ duæ causæ etiam nominantur *in l. 25. D. de jurejur.* Nemo enim præsumitur peierare metu divini numinis, cum unusquisque sciat, jurisjurandi religionem contemptam habere Deum ultorem, ut gravissimè ait *l. 2. C. de reb. cred.* & probat experientia in communi vita.

Ex quo sunt illa apud Cic. de legib. Perjurij pœna humana, dedecus, divina, exitium. Sumpta proculdubio ex hisce Aristotelis in Rhetor. ad Alexand. οὐδεὶς ἂν ἐπιορκεῖν βούλοιτο, φοβούμενος τήν τε παρὰ τῶν θεῶν τιμωρίαν, καὶ τὴν παρὰ τοῖς ἀνθρώποις αἰσχύνην, τοὺς μὲν ἀνθρώπους λαθεῖν ἐστὶ, τοὺς δὲ θεοὺς οὐκ ἔστιν. Atque ita verum debitum hîc subesse videtur aut certè præsumitur, quemadmodum etiam in literarum obligatione supra dixi subesse mutuum præsumptum. Accedit etiam autoritas judicis, coram quo sæpissime jusjurandum defertur, vel qui ipse jurare jubet. Quanquam non tantum ex judiciali, aut necessario juramento sed etiam ex voluntario hæc actio nascatur. Sciendum enim est triplex esse hoc jusjurandum decisorium, sive quo lites expediuntur. Voluntarium scilicet (quod & conventionale

tionale dici potest,) Judiciale & Necessarium. Voluntarium est quod pars parti ex conventione extra judicium defert. Judiciale est, quod pars parti defert in judicio, & quod deferenti referre potest is cui delatum est. *l. 34. in pr. & §. datur & l. 38. D. de jurejur.* Cum prius illud referri non possit. *d. l. 17. in pr. D. eod.* Necessarium est quod à Judice uni ex litigatoribus defertur in causis dubijs. Et hoc quoque referri non potest neque Judici neque alteri parti. Nominantur hæ 3. species in ipsa inscriptione tit. D. de jurejur. & explicantur latius à Dd. *ad l. 31. D. de jurejur. & Borcholto. in Tractat. de jurejurando. Vid. & Cujaci: ad tit. 36. lib. 4. Feud.*

Ex omnibus autem his speciebus jurisjurandi datur ista actio. Nec obstat quod Imp. hîc ait, si quis postulante adversario juraverit, quasi non sit idem si judex jusjurandum ab actore exegerit. Nam exempli tantum causa hoc dicitur. Exemplum autem illustrare debet regulam, non restringere. Sed quid est hoc, Postulante adversario? ℞. Adversarij nomen quamvis aliàs commune sit utriq; litigantium, tamen hîc de reo tantum accipiendum est, Et si quis, intellige, Actor. Postulante idem est quod deferente jusjurandum. Unde verba Prætoris in edicto sunt, Conditione delata. *l. 3. in pr. D. de jurejur.* quæ etiam usurpantur ab Impp. *l. 9. delata. C. de reb. cred.* Et jus jurandum datum *in l. 7. D. de jurejur.* Sic idem valet petere ab aliquo jusjurandum *l. 34. §. ait prætor. D. d. t.* & exigere jus jurandum. *d. l. admonendi.* Nam qui jurat ultrò, cum id à se non exigeretur neq; postularetur, sive conditione non delata: Prætor ejus jusjurandum non tuetur. Sibi enim juravit. Alioqui facilimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente, oneribus probationum se liberabit, ut eleganter Vlp. *in l. 3. in pr. D. de jurejur.* Is porrò qui jusjurandum defert prior jurare debet de calumnia, si hoc exigatur, atque ita ei jurabitur. *l. 34. §. qui jusjurandum. D. de jurejur.* Habet etiam facultatem referendi jusjurandum illi, qui detulit, & tunc jusjurandum de calumnia ab eo exigi non potest. *d. l. 34. §. datur autem & §. ult.* Quæ tamen facultas referendi cessat in actionibus ex maleficio descendentibus ut rerum amotarum, furti, injuriarum. *l. 11. § ult. l. 12. & l. 13. D. rer. amot.* Rationem exceptionis reddit Cujac. ad *c. ult. ext. de jurejur.*

Non autem satis est jusjurandum delatum esse actori à reo, oportet etiam ut juraverit, aut certè suscepto jurejurando paratus fuerit jurare: Reus autem id remiserit ipsi contentus voluntate suscepti jurisjurandi, quod eleganter à JC. dicitur Gratiam facere alicui jurisjurandi. *l. 6. & l. 32. & l. pen. D. de jurejur.* (ut apud Plautum, de cœna facio gratiam & in usib. Feud. delicti gratiam facere dicitur dominus remittens vasallo crimen feloviæ.) Paria enim hæc sunt, præstare jusjurandũ sibi delatũ, vel cum id præstare paratus esses, id tibi remissum esse. *l. 1. & 8. C. de reb. cred.* Si autem neque juratum sit neque remissum jusjurandum pro eo habendum est, ac si res nunquam in jusjurandum admissa esset, etiamsi postea quis jurare paratus sit. *l. 5. §. ult. D. de jurejur.* De personis, quæ possint deferre vel remittere jusjurandum, item quibus deferri possit, videte *d. t. D. de jurejur.* De forma sive conceptione Jurisjurandi sciendum, Jurari oportere solenniter ita ut delatum est. *l. 3. §. ult. cum. 2. ll. seqq. l. 13. § ult. & l. 33. D. de jurejur.*

rejur. Eadem quoque forma, qua delatum est referri debet regulariter. *d. l. 34. §. non semper. D. eod.* Quòd si de qualitate juramenti partes non poterunt convenire, conceptio ejus est in arbitrio Judicis. *d. l. 34. §. si de qualitate.* Sed hodie formula semper præscribitur & præitur à judice. Et ferè juratur tactis sacrosanctis Evangelijs, vel duobus digitis cruci impositis: In quo observanda est consuetudo cujusque loci sine superstitione tamen. Qua de re plura dixi in Partitionib. Feudalibus. Porrò qua de re jurari possit, sumendum est *ex l. 3. §. 1. & seqq. & l. 34. D. de jurejur.*

Breviter, Ad omnes res locum habet jusjurandum. Imp. autem hîc tantum mentionem facit actionum in personam, cum ait, Deberi sibi pecuniam. pecuniam hîc intelligere possumus vel strictè p nummis & pecunia numerata, vel latè p quavis re, ut & sup. d. in actione constitutæ pecuniæ. Potest etiã jurari si in obligatione versetur non res, sed factum. Neque solum in obligationibus & actionibus ex contractu, sed etiam ex delictis juratur, ut furtum, injuriam factam esse ab aliquo vel non esse factam. *l. 13. si duo. §. Idem Julianus. D. de jurejur. l. 6. §. sed et si D. de his qui not. infam. l. 11. §. 1. D. de injur.* Ut ita venustè jusjurandum dicere liceat, non solum Emplastrum æris alieni, ut Laberius apud Gellium *lib. 16. cap. 7.* Sed etiam mantile, quo quotidianæ noxæ exterguntur, ut Pacuvius inquit apud Festum. Neque tantùm in actionibus in personam, verùm etiam in rem jurari potest: ut rem suam esse, usumfr. ad se pertinere, hæreditatem suam esse. *l. 9. §. ult. & l. 11. l. 13. §. 1. & l. 25. D. de jurejur.* Sequitur de actione ipsa ex jurejurando: quæ cujusmodi sit, non parva est inter Dd. controversia. Plerique enim Accurs. hic secuti putant duplicem actionem ex jurejurando nasci, quarum una dicatur Actio in factum, altera Actio utilis, & illam quidem volunt dari si juratum sit informiter: hanc si formiter. Sic enim loquuntur. Et formiter jurare dicunt eum, qui causam adjciat, ex qua sibi deberi affirmet, v. g. Centum ex mutuo, ex emptione. Informiter verò qui simpliciter jurat sibi deberi, non adjecta causa ex qua debeatur. Sed Oldendorp. *Clas. 1. act. 9.* reprehendit eos, & istam notionem, quam illi tribuunt jurijurando formi & informi, longè aliter interpretatur. Ait enim nunquam bonum Judicem admittere debere tale jusjurandum, cui nulla causa debiti adjciatur. Et formiter jurare eum vult, qui ex aliqua causa jurat, tali quæ certam & nominatam formam habet, sive contractus sit aliquis certus, sive delictum ordinarium. Informiter vero jurare secundum Oldendorp. est jurare de facto aliquo, id est, contractu vel delicto innominato & extraordinario, ex quo non datur propria actio, sed generalis in factum. In eo tamen non dissentit à vulgari Accurs. sententia, quòd ipse quoque existimat duplicem hic esse actionem, utilem scilicet & in factũ, Et utilem dici eam, quæ ex contractu & delicto esset directa, si non accessisset jusjurandum. Sed de hac tota re, quæ prolixior est quam pro hoc loco videte Borcholtum *in tract. de jurejur. cap. de vi & effectu jurisjur.* Mihi Donelli sententia placet, unam & eandem actionem esse quæ ex jurejurando detur, eamq; promiscuè nunc actionem in factum, nunc utilem appellari, ut liquet vel ex sola *l. 11. §. 1. D. de jurejur.* Datur ergo hæc actio ei qui juravit. Sed contra quem datur? Imperator hîc id non exprimit,

ptimit, sed ex natura actionum in personam, qualis hæc quoque est facilè intelligimus dari tantum contra eum, qui detulit jusjurandum. Hic enim solus obligatus est ex tacita illa conventione, *de qua supr. d.l.25.vers. in personam. D.de obl. & act.* Contra alios ergo non datur ista actio, neque prærogativa jurisjurandi quicquam proderit, quia res inter alios acta alijs nocere non debet. *l.3.§.pen. l.9.§.ult. & l.seq.D.de jurejur. & tit.C.Res inter alios actas.* &c. Vis autem hujus actionis est, ut non aliud per eam quæratur quam an juratum sit, remissa quæstione, An debeatur pecunia, quasi satis probatum sit jurejurando deberi, *ut hic & l.5.§. datur autem. D.de jurejur.* Perinde inquam habendum est quod juratum est atque si probatum esset, ne præjudicium fiat alterius perjurio. *l.11.§.ult. & l.38.§.ult.D.eod.* Nam semel causa decisa per jusjurandum ne quidem perjurij prætextu retractari potest. *l.1.C.de reb.cred.& l.31.in fi.D de jurejur.* sed religioni standum est, cum sufficiat pœna perjurij. *l.21.& l.seq.D.de dol.mal.& l.2.C.de reb.cred.* (In quam sententiam elegantissima extat historia apud Herodotum de oraculo Glauco dato, cui etiam cogitationis de perjurio committendo pœnam comminatur Dæmon, se scilicet deleturum ipsum cum tota stirpe. Ad quam historiam allusit & Juvenalis *Satyra. 13.*) Sic etiam post rem judicatam nihil amplius quæritur an debeatur, sed an judicatum sit. *l.56.D.de re jud.* Nam & jusjurandum instar judicij, imò majorem autoritatem habet quam res judicata. *l. 26. §. ult. D.de jurejur.* Proindeque ad similitudinem judicati competere dicitur hæc in factum actio. *l. 8.C. de reb. cred.* Excipiuntur duo casus, quibus retractari potest causa ob perjurium. 1. est, si legatarius nondum aperto testamento falsò juraverit sibi deberi aliquid ab hærede tanquam in testamento relictum, quod revera non erat relictum. *l. ult.C.de reb.cred.* Ratio est favor ultimarum voluntatum, ut suprema hominum judicia exitum habeant. Hoc enim publicè expedit. *l.1.C de S.S. Eccles. l.5.D.Testam. quemadmod. aper.* 11. est, si expressè convenerit, ut probato perjurio causam retractare liceret. Ita enim cum Donello accipio ista verba. *in l.1.C.de reb. cred.* Nisi specialiter hoc lege excipiatur, id est, pacto & conventione inter deferrentem & eum, cui delatum est, habita: quæ alij aliter interpretantur, ut videre potestis apud Borcholtum.

Ad §. Pœnales quoque.

Adhuc dictum est de actionib. prætorijs in personam, quæ ex contractu aliquo sive negotio oriuntur, & quæ rei persecutoriæ sunt: Sequuntur deinceps prætoriæ pœnales sive pœnæ persecutoriæ ex aliquo delicto natæ. Earum Exempla tantum hic tria afferuntur. 1. est actio de albo corrupto. 2. actio ex edicto de in jus vocando. 3. actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus vocatur vi eximat; non quòd non sint plures actiones prætoriæ pœnales. Sunt enim aliæ innumerabiles, *ut hic in fine §. hyperbolicè dicuntur.* sed quòd istas exempli loco sufficere Imp. judicavit. Initio hic placet mihi eorum lectio qui habent, benè multas, ut apud Ciceronem Benè longus sermo. *in 2. de orat.* & benè longæ litteræ *lib.4.ad Attic.* Explicemus primò tres illas, quæ hic afferuntur: Deinde alias omissas saltem enumeremus.

Albi corrupti actio est popularis & datur adversus eum, qui quid ex albo prætoris, quod Jurisdictionis perpetuæ causa propositum erat, dolo malo corrupit. Datur inquam ad pœnam 50. aur. ut ita vindicetur contempta majestas prætoris. Horum explicatio peti potest *ex l. 7. cum 2. ll. seqq. D. de jurisd.* ubi Dd. item ex Zasio & alijs hîc. Nos pauca tantum de hac actione delibabimus. Oritur hæc actio ex delicto, id est, corruptione albi. Unde intelligimus eam esse in personam ac dari contra illum ipsum, qui corrupit. Hic enim obligatus est, ad pœnam. Et pœnæ suos tenere auctores debent. *l. 22. sancimus. c. de pœnis.* Album prætoris erat tabula alba, in qua publice & palàm prætor aliquid proponebat jurisdictionis perpetuæ causa, v. g. Edicta varia de actionibus, de exceptionibus, earumque formulas. Item interdicta, idq; ideo, ut cives scirent quod jus de quaque re quisque dicturus esset teste Pomponio *in l. 2. §. 10. D. de origine jur.* Facit. *l. 1. C. de interd.*

Idem tamen est in quacunque materia illud scriptum sit. §. *nihil autem interest. supr. de testam. ord. & l. 1. D. de bon. possess. sec. tab.* Deinde Album generalius dici cœptum est pro quovis libro, sive in eo descripti essent Decuriones, sive senatores, sive judices, &c. *ut in tit. D. de alb. scrib.* quæ significatio huc non pertinet. Ac ne quidem omnia ea, quæ à prætore proposita fuerint si corrumpantur hac actione vindicantur. Non enim pertinet ad edicta temporaria, quæ pro re nata, sive ut res incidit, proponuntur, ad certam aliquam causam accommodata, v. g. Si peremptorio edicto aliquem absentem citet. *l. ad peremptorium. 68. & 5. ll. seqq. D. de judic.* Sed ad ea tantum edicta quæ sunt perpetua, seu quib. aliquid perpetuæ jurisdictionis causa proponitur, *ut in d. l. 7. D. de jurisdict.*

An ergo, inquies, impunè erit, si quis aliud aliquod programma, seu ut vulgo vocant, proclama corruperit? V. G. Citationem aliquam vel relegationé vel convocationem Rectoris ad funus, ad Legum recitationem, ad graduum renunciationem, &c. ut ex nostris moribus exempla petamus? Minimè vero impune erit. Quamvis enim hac actione talis corruptor non teneatur: tamen extra ordinem pro qualitate personæ & admissi arbitraria pœna afficietur. Ita rectè Zasius & alij hîc. Datur autem hæc actio in eum qui corrupit. Quid ergo, si quis non corrumpat, sed tollat tantum & auferat? Et is quoque hoc edicto continetur, si non ejus verbo, saltem sententia & mente. *d. l. 7. §. ult.* Sicut quãvis verba edicti cessent in eo ac deficiant qui corruperit, quod nondũ erat propositum, sed vel ante propositionem vel inter proponendum, tamen sententia edicti etiam ad hos extenditur *d. l. 7. §. quod si.* Cum scire leges non sit verba earum tenere, sed vim ac potestatem. *l. 17. D. de ll.* Et qui salvis verbis sententiam L. circumvenit, fraudem legi facere dicitur. *l. 29. cum seq. D. de ll. & l. non dubium 5. C eod. Fac. l. 6. §. 1. D. de V. S.* Non satis est corrumpere vel tollere, oportet ut hoc ipsum dolo malo factum sit. Nam si quis per imperitiam aut rusticitatem aut casu aut jussu prætoris corruperit vel sustulerit, non tenetur. *d. l. 7. §. doli.* Nam in omni vero delicto dolus requiritur. Requiritur & voluntas ac propositum spectatur, non exitus in maleficijs. *l. 39. verum. & l. qui injuria. 53. D. de furt. l. 14. durius. D. de sicar.*

Quid

Quid si quis non ipse corruperit, sed alteri mandaverit? Si uterque doli mali particeps fuerit, ambo tenebuntur *d.l.7.§.ult.* Et quidem quin is teneatur qui mandatum executus est, dubium non est. Non enim excusatur mandato tali, cui non debuit obtemperare. Sed is quoque qui mandavit, tenetur, quia qui per alium facit ipse facere videtur. *l.1.§.fecisse.D.de eo, per quem fact.erit.& l.56. D.de solut.& c.qui facit.de R.Iuris lib.6.* Estque hoc generale in delictis, ut etiam is qui mandavit alteri, ut delinqueret, teneatur, & ut pœna ab uno præstita non liberet alterum. Qua de re dict. sup. *ad t. de Lege Aquilia & tit. de injur.* Tenentur autem hac actione tàm mares quàm fœminæ, tàm servi quàm liberi homines, tàm patresfam. quàm filijfam. *d.l.7.§.1.& d.l.9.D.de jurisdict.* Pœna porrò ad quam petendam hæc actio datur, est 50. aur. Hæc enim verior videtur lectio *in d.l.7.* Quamvis Pand. Florentinæ habeant 500. aur. eamque lectionem approbet Cujac. *lib.*10 *obs.cap.*10. Dices, quomodo hanc pœnam solvent servi vel filijfam. De servis quidem certum est, eos nihil proprium habere, ideoque in servos non cadit pœna pecuniaria *l.2.§.omnibus.D.de accus.* Huc accedit, quòd servi non habent legitimam personam standi in judicio. *l.6. & seq. C. de judic.* Resp. Defendi debent à dominis suis. Quod si non defendantur, extraordinaria coërcitione in corpore puniuntur. *d.l.7.§.in servos.arg.l.1.in fi. D. de pœn.& l. ult.D.de in jus voc.* Diversa causa est filiorumfam. Hi namque quia peculium & bona adventitia habere possunt, ipsi conveniuntur, & si condemnati judicatum non solverint, in carcerem ducuntur, aut bonis cedere debent, item fidejussores dare: *l.pen C.qui bon.ced.poss.* Sed quæritur de hac pœna, sitné fisco applicanda, an vero actori? Alij fisco tribuunt, alij actori, quidam inter utrumq; æquis partibus dividunt. De quibus videte Wesemb. *in parat.D.t.de jurisd.num.13.* Postremò observandum, hanc actionem esse popularem. *d.l.7. D. de jurisd.* Datur igitur unicuique de populo, modò is qui agere vult, non sit ex personis edicto prohibitis, de quibus videte *l.1.& t.t.D.de postul.* Ratio, cur popularis sit, est, quia publicè interest majestatis contemptum vindicari. *l.9. D. de jurisd.*

Ad vers. Et in eum qui.

Altera actio prætoria pœnalis est, quæ datur Patri contra Filium vel patrono contra libertum non impetrata venia in jus vocatis. Quæ actio dicitur in factum. *l.12. D. de in ius voc. & est in l.25.§.1.vers.in factum.D.de obl.& act.* Quod ut intelligatur sciendum est, Prætorem edicto suo, quod de in jus vocando proposuit, quasdam personas complexum esse, quàs omnino non liceret in jus vocare, quasdam quas liceret quidem, verum non nisi venia prius à prætore impetrata. Prohibuit enim ne filius patrem, Libertus patronum suum sine permissu vocaret. Idq; propter reverentiam, honorem & obsequium his personis naturali ratione debitum. Parentes enim vitæ, patroni libertatis auctores nobis extiterunt: quod utrumque est grande beneficium. Si vocant contra hoc edictum, id est, sine permissu prætoris: ex hoc delicto irreverentiæ competit vocatis hæc actio contra ipsos ad pœnam 50. aur. *d.l.12.§.pen.& ult.* sive, quod idem

 est,

est, in pœnam 50. solidorum, ut loquitur Imp. *in §. ult. inf. de pœn. temerè litigat.* Qui locus hujus præsentis explicatio est. Parentum appellatione quinam veniant latè explicatur *in l. 4. cum 4. ll. seqq. D. de in jus voc. & in l. 8. §. 1. & seqq.* exponitur quinam hic accipiendi sint patroni, nimirum, non tantum ipse qui manumisit, verùm etiam ejus uxor, parentes, & liberi, & hæredes etiamsi extranei sint, ut dicitur *in l. 2. C. de in jus voc.* Dices, atqui lis nulla inter patrem & filium in potestate esse potest, *l. 4. D. de jud.* Intelligendus est hîc filius emancipatus vel aliter potestate liberatus, ut rectè hîc Theophilus admonet, & exprimitur *in l. 3. C. de in jus voc.* Filiusfam. in potestate nullo modo contra patrem agere potest, nisi de Castrensi peculio: Filius emancipatus potest, sed permissu prætoris. Quærunt hîc Dd. de patre spirituali quem vocant, id est, de susceptore? Et Zasius putat *hîc num. 24.* Deberi ipsi quoque hanc reverentiam, ut sine venia non vocetur. Quid, si libertus sit communis plurium patronorum? Is quoque si unum aliquem ex patronis convenire velit, à prætore petere debet veniam, aliàs in pœnam edicti incidet *l. 23. D. de in jus voc.* Diversa causa est liberti ejus, qui à municipio vel alio aliquo corpore manumissus est. Hic enim non est singulorũ libertus municipum, sed ipsius municipij. Ideoque singulos in jus vocare potest etiam sine permissu prætoris. Sin autem cum universitate experiri velit, veniam edicti petet. *l. 10. §. qui manumittitur. D. d. t.*

Notandi autem sunt aliquot casus, quibus pœna remittitur & cessat hæc actio, ut 1. si libertus officij necessitate compulsus patronum sine permissu in jus vocet. v. g. cum Tutor esset pupilli, qui patronum ejus sibi obligatum habebat. *l. 16. D. de in jus voc.* Nam aliàs quoque necessitas officij excusata esse debet. *l. 5. §. ætati. & §. advocatum & l. 22. D. de his quæ ut indig. l. 2. D. de calum.* Multum enim refert, sponte quid & ultrò facias, an necessitate adactus. Aliæ tres exceptiones sunt *in l. 1. D. de in jus voc. ut.* Secunda, si pœniteat libertum, actionemq; patrono remittat. Tertia, si patronus vocatus non venerit. Ratio harum duarum exceptionum est: Quia hi non videntur vocati. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *l. 1. §. hæc a. verba. D. quod quisque jur.* Sed quod dixi de pœnitentia, ei obstare videtur quod alibi dicitur, Neminem pœnitentia sua nocentem esse desinere. *l. 65. D. de furt. l. penult. D. vi bon. rapt. l. 17. §. 1. D. de ædil. ed.* Respon. Eam regulam de delictis consummatis ac perfectis accipiendam esse. Hic autem nondum completum est delictum, cum eventus non fuerit secutus. Quarta est, si patronus non invitus vocatus sit. Volenti enim non fit injuria & potest quisque suo jure non uti, ut habent jura vulgaria. Rusticitas autem ab hac pœna non excusat, quæ tamen in præcedenti actione veniam merebatur. Ratio est, quia naturali ratione honor habẽdus est his personis *l. 2. C. de in ius voc.* Juris autem naturalis ignorantia neminem excusat. Quid si quis pœnam hanc 50. aur. propter inopiam solvere non possit? Tum libertus inofficiosus castigatur, pœna corporali *l. ult. D. eod.* Idque eadem ratione, qua sup. dict. in præced. actione. Quæ de libertis dixi, ea Interpp. ad vasallos produxerunt. Nam ut in aliis multis juris articulis vasalli comparantur libertis ut latè explicat *Eberhard. in Topic. & Zasius in §. seq. num. 24. & in intell. singul.* Ita in eo quoque quod vasallus dominum

num feudi sine venia in jus vocare non potest. Quamvis quidam velint, eum impunè sine venia vocari posse, *ut Zasius hic num. 26.* Sicut idem etiam de præceptore dubitat *num. 23.* Quod autem Cujacius putat *d. lib. 10. obs. cap. 10.* hodie non amplius opus esse his personis petitione veniæ, quia non amplius ducantur vocati, si forte recusent ire, ut olim fiebat cum ignominia quadam, ei non adsentior. Non enim hæc vera fuisse videtur edicti causa, aut certè non sola, sed conjungenda cum ea, quam supra indicavi, quia scilicet si sine permissu has personas in jus vocare liceret, facilè fieri posset, ut famosa aliqua actio contra eas institueretur, quod fieri non debet. *l. 11. §. 1. D. de dol. mal. l. 8. & 11. §. 1. D. de accus. l. 4. §. adversus. D. de except. dol.* Ideoque causæ cognitione prius opus est. *l. 10. §. pen. D. de in jus voc.*

Advers. Item adversus eum.

Tertia actio prætoria pœnalis dicitur in factum contra eum, qui in jus vocatum vi exemit, de qua actione agitur *in tit ne quis eum, qui in ius voc. vi eximat. in D. ubi in l. pen.* bis appellatur judicium in factum. Videamus 1. de ipso delicto exemptionis. 2. De pœna, ad quam hæc actio datur. 3. Exceptiones aliquot quibus hæc actio cesset. Si quis ergo debitorem alterius à creditore in jus vocatum eximat: ut quia is fortè actione temporali tenebatur, dies actionis exiret vel res tempore amitteretur, delinquit & facit contra edictum prætoris. *l. 12. 4. D. d. t.* Quid sit eximere & quomodo ab eo differat Eripere, explicatur *à Paulo in d. l. 4.* Summa est, quod latius pateat verbum eximendi quàm eripiendi. Potest enim aliquis eximere etiamsi non eripiat, id est, manibus per raptum auferat, sed moram ei faciat eumque retineat atque impediat quoquo modo, quàvis non abduxerit. Sed ita demum tenetur is qui exemit, si per exemptionem ejus factum sit quo minus in jus perduceretur. Verba enim cum effectu accipienda sunt, ut paulò ante dictum *ex l. 1. §. 2. D. quod quisq. jur.* Cui addite *l. pen. §. docere. D. ne quis eum qui in ius voc. &c.* Sufficit autem vi eximere, quamvis dolus cesset. *l. 3. D. d. t.* Committitur autem hoc delictum non tantum ab uno, sed etiam à pluribus, quo casu singuli tenentur *d. l. pen. §. pen.* Deinde etiam à servo, idq; vel ignorante domino vel sciente, id est, jubente vel certè non prohibente. Utroq; casu tenetur dominus, sed non eodem modo. Nam si ipso sciente, in solidum condemnari debet, sin ignorante, noxæ deditione defungi potest. *l. 1. §. 1. D. ne quis eum qui in ius voc. &c.* Et committitur delictum in eo qui in jus vocatus est, id est, ad prætorem qui redditurus est, non vero in eo, qui ad judicem pedaneum vocatus est. *d. l. 3. § 1. si quis ad. D. eod.* Nec interest, utrum is qui vocatus est ipse sit debitor verè, an vero per calumniam vocatus sit *l. 5. §. 1. D. d. t.* Ait Imp. Cujusvé dolo alius exemerit *ex l. 4. §. ult. & l. 5. in pr. D. eod.* Videte quæ dixi supra de mandato delicto. Ex hoc autem delicto pœnalis actio oritur: sed quæ sit pœna hîc non exprimitur. Petenda est igitur *ex d. l. 5. §. 1.* Breviter: Pœna hæc est, quòd contra eum qui exemit juratur in litem, id est, tenetur non ad id quod in veritate est, id est, quanti revera interest, sed in id, quanti ea res, de qua controversia est, ab actore æstimata fuerit jurejurando in litem. Videtur tamen iniquum concedere hoc calumniatori.

Nam

Nam si libertus non auditur agere volens ex hoc edicto contra eum qui exemit patronum, qui ab ipso sine venia in jus vocatur, ut paulò post dicetur: non intelligo, cur meliore conditione esse debeat calumniator: præsertim cum is etiam in quadruplum teneatur. §. *quadrupli. inf. h. t. & l. 1. D. de calumn.* Porrò hujus pœnæ solutio ab eximente licet facta non liberat reum qui exemptus est, sed is nihilominus obligatus manet. *l. pen. §. pen. & l. ult. D. ne quis eum qui in jus.* Mitior pœna est qua afficitur is, per quem factum erit quo minus quis judicio sistat. Hic enim tenetur tantum ad id, quanti revera interfuit actoris reum sisti. *l. ult. D. de eo per quem fact. erit.* Cujus edicti actio quantum differat ab ea, de qua hic agimus videte apud Accursium & alios. Non tantùm hac pœna ex ista actione tenetur is qui vi exemit, sed interdum etiam gravioribus judiciis conveniri potest, ut L. Julia de vi publica, si collectis hominibus vi armata exemerit, vel lege Julia de vi privata, si sine armis *l. 8. & 10. D. ad L. Iuliam de vi publ. l. 5. D. ad L. Iul. de vi privata.* Quid juris sit in eo, qui reum exemit è carcere, videte apud Oldendorp. *claß. 1. act. 5. & Wesemb. D. ne quis eum qui in jus voc. num. 5.* Distingue: Eximens confessum vel convictum de crimine est reus læsæ majestatis: accusatum tantùm ultimo supplicio afficitur, vel 10. libris auri.

Postremò notandæ sunt exceptiones quædam & casus, quibus hæc actio cessat, qui ferè hoc genere comprehenduntur, si nimirum citatio non sit jure facta. I. Casus est *in l. 1. §. ult. & l. 2. D. ne quis eum qui in jus,* videlicet si exempta sit persona, quæ sine venia in jus vocari non potuit, puta, parens vel patronus, de quo sup. in præcedenti actione dictum, vel quæ omninò vocari non potuit, de quo *in l. 2. D. de in jus voc.* In servo tamen exempto tametsi hæc actio cesset, tamen ad exhibendum agi poterit. *l. 3. quòd si. in pr. d. t.* II. Si quis exemerit eum, qui aliò quàm quò debuerat vocabatur. *d. l. 2. vers. eadem æquitas.* III. Si quis exemerit vocatum ad judicē pedaneum, *ut & sup. d. ex l. 3. §. 1. D. eod.* Restat ut, quia Imp. ait, innumerabiles alias esse actiones prætorias pœnales, enumeremus quasdam, quæ tamen pleræque etiam ex Accursio peti possunt. 1. Est Actio in factum ex edicto, de eo per quem factum erit quo minus quis in judicio sistat, de qua paulò antè dixi. 2. Actio in factum contra calumniatores in quadruplum, *de qua in §. quadrupli. inf. h. t. & toto tit. D de calumn.* 3. Actio furti manifesti in quadruplum itidem, de qua dict. §. *quadrupli. inf. h. t.* 4. Actio in factum de effusis & dejectis. 5. Actio de suspensis & positis eo loci, qua vulgo iter fit. 6. Contra nautas, caupones, stabular. de quibus sup. dict. est satis *tit. prox. præced.* 7. Actio contra mensorem, qui falsum modium dixit. *l. 1. D. si mens. fals. mod. dix.* 8. Actio, quod metus causa. 9. Actio de servo corrupto: de qua infra *in §. in duplum. h. t.* Et hæc de actionibus pœna lib. prætoriis, quarum illud commune est omnium, quod in hæredes non dentur, de quo suo loco *inf. §. 1. tit. de perpet. & temp. act.*

Ad §. Præjudiciales.

Prima & summa actionum divisio erat, quòd aliæ sint in rem, aliæ in personam. Utriusque generis actiones esse vel jure civili vel jure prætorio introductas

ductas huc usque probatum est. Nunc idem probatur etiam de præjudicialibus actionibus, eas scil. ad actiones in rem pertinere & esse partim ex jure civili, partim ex jure prætorio. Donellus & alij urgent quod hîc Imp. ait, non has actiones esse in rem, sed esse videri, quasi scilicet impropriè dicantur in rem: ut solet verbum videri improprietatem denotare, sed possumus defendere quod verè ac propriè sint in rem, cum nihil sit medium inter actiones in rem & in personam. In rem autem sunt hæ actiones ideo, quia tametsi de jure personarum, vel statu hominum in illis agatur, tamen quodammodo sunt de dominio vel jure aliquo nobis competente. De servitute non est hoc dubium, cum servi sint in dominio nostro & rerum numero habeantur, adeoque pecoribus annumerentur. *l.2.D.ad Legem Aquiliam.* Liberi quoque in potestate olim parum distabant à servis, *ut sup.docui lib.1.* Et in libertis multa pristinæ servitutis vestigia, multæ reliquiæ & q. maculæ inhærent. In omnibus igitur actionibus his præjudicialibus suum aliquid petit is qui agit; v.g. vel servitutem, vel libertatem, vel libertinitatem vel ingenuitatem: vel denique filiationem. Sed priusquàm de speciebus actionum præjudicialium tractemus, verbum præjudicij quàm variè accipiatur, explicandum est.

I. Igitur præjudicium sæpè apud Ciceronem est res, quæ cum statuta fuerit, judicaturis affert exemplum, quod sequantur. Ita Ascon. in Divinat. Hinc reus dicitur jugulari præjudiciis: ut duobus præjudiciis perditum & jugulatum Oppianicum ait Cic. pro Cluentio.

II. Præjudicium est idem quod damnum & fraus sive jactura, quæ significatio ex præcedenti fluxit. Quanquam etiam in bonam partem accipitur, ut cum dicit Ulp. *in l.1.D.de agn.& alend.liber.* In præjudicium alterius aliquid facere. Sic Macer. *in l.pen.D.de re judic.* pro eodem ponit obesse & præjudicare & præjudicium pati. Res inter alios acta aliis non præjudicat, i. e. non obest, non nocet, ut neq; prodest. Grande præjudicium affert pro filio confessio patris. *d. l. 1.§.Iulianus.D.d.t.* Etiamsi pronunciatum fuerit, aliquem debere, tamen hoc nō facit præjudicium veritati. *l.5.§.9.meminisse. de agnosc.& alend.liber.*

III. Præjudicium aliquando est idem quod interlocutio. *l.2.25.40.C. Th.de appellat.*

IV. Præjudicium nihil aliud est quàm præcedens judicium. Sic dicunt JCti, non debere majori causæ sive cognitioni præjudicium fieri per minorem *in l.per minorem.54.D.de judic.* id est, In concursu duarum actionum prius agendum & judicandum esse de majore. *l.4.D.de in integ.rest.l.16.18.21.D.de except.l.5.in fi.& l.7.D.de petit.hered.*

V. Et ult. Per excellentiam præjudicia dicuntur hæ actiones de statu, de quibus hîc. Idque ideo, quia non tantùm per eas præjudicatur aliis causis, ut cum in his pronunciatum est, eadem opera etiam de aliis, quæ inde dependent, simul judicatum videatur, (hoc enim commune habent istæ actiones cum aliis quibusdam, quæ tamen non iccirco vocantur præjudiciales) verum etiam quia ideo instituuntur, ut præjudicium faciant aliis rebus, ita ut ex earū eventu ab sententia in illis lata dependeat decisio aliarum causarum & contro-

versiarum, v.g. si actum sit: An aliquis liber sit an servus alterius, & is pronunciatus sit servus: hic non subsistimus, sed simul etiam judicatum & pronunciatū esse dicimus de omnibus iis, quæ servituti adhærent incommodis, ut sunt Dominium, jus coërcendi, operarum exactio & præstatio, quascunq; dominus imperârit, Item acquisitio omnium bonorum obligationumq;, de quib. sup. *lib. 1. tit 8. & lib. 2. tit. 9. & lib. 3. tit. pen.* Quæ omnia alia sunt, si quis liber esse pronunciatus est. Tunc enim nihil horū domino debet. Sic si quis alterius libertus pronunciatus sit, simul etiam de his omnibus pronunciatū est, quæ libertus patrono debet, sive de toto jure patronatus, quod multa complectitur, puta, ut libertus patrono honoré & reverentiā exhibeat, proindeq; nullam actionē famosam contra ipsum proponat: neq; sine permissu prætoris in jus ipsum vocet, *de quo d. ad §. præced.* Item nihil in fraudē patroni alienare potest, *de quo sup. d. ad §. Item si quis.* Item debet patrono inopi alimenta. *l. 5. §. solent. D. de agnosc. & alend. lib.* Denique patrono certa quædam portio debetur in bonis liberti tàm ex testamēto quàm ab intestato, *ut sup. d. ad tit. de success. libert. & tit. de bon. poss.* Hæc igitur omnia is qui libertus alicujus declaratus est, patrono suo debet; si ingenuus, nō debet. Sic si actum sit, an aliquis filius alicujus sit necné, & filius pronunciatus fuerit omnia ea debet ipsi adversario, quæ filius patri; ut amorem & reverentiā, per quā prohibetur in jus vocare ipsum sine venia, prohibetur famosam actionē contra ipsum instituere. Item per eum acquiritur patri, secundum ea *quæ d. sup. lib. 2. tit. 9.* Item patrem suum forte inopem alere debet, sicut & ipse vicissim à patre alendus est *l. 5. D. de agnosc. lib.* Deniq; jus successionis habet, *de quo sup. init lib 3.* Et si injustè exhæredatus sit quærelam habet inofficiosi testamenti, *de qua sup. lib. 2. tit.* 18. Nihil horum debetur si quis pronunciatus sit non esse alicujus filius. Ex his quæ dixi intelligi potuit, non solum unde dicantur præjudiciales actiones, sed etiam quid sit hoc loco præjudicium, nimirum esse actionem qua de statu hominis quæritur seu litigatur. Hoc quoq; intelligi potuit tres esse species harum actionum: quarum in prima quæritur de libertate vel servitute, servusné sit quis alicujus, an liber. Secunda, de ingenuitate & libertinitate: An videlicet aliquis libertus sit alterius, an ingenuus. Tertia; de familia & potestate, an quis filius sit alterius necne. Nec vero plures sunt directæ quidem: quāvis utiles actiones præjudiciales plures sint, ut inf. dicam. Nunc de singulis seorsim pauca dicemus.

Prima actio vocatur liberalis causa *in l. 32. §. de liberali causa. D de recept. arb. & t t. D. & C. de liber. caus.* Vocatur etiam cognitio de liberali causa & absolutè cognitio. *l. 7. cum seq. l. 10. l. 24. & l. 24. & l. 27. D. de liber. causa.* Est autem duplex hæc actio. Vel enim ex servitute in libertatem aliquis vindicatur atq; asseritur, vel contrà è libertate in servitutem petitur. Priore casu actor est is, qui ad libertatem proclamat. Posteriore is qui alterum in servitutem petit, quod ideò animadvertendum est, ut judicium accipiat ordinē & ut sciamus utri incumbat onus probandi. Qua de re videte *l. 7. §. ult. D. de liber. causa & l. 12. D. de except. l. 8. l. 14. & l. 18 D. de probat. l. ult. D si lib. ingen. esse dicet.* Quid si in obscuro sit in quo statu fuerit is qui litigat pro libertate sua? Prior audiendus est probare volens se in li-

in libertatis possessione esse. *l.41.D.de liberali causa.* Utroq; autem casu ita jus est, *ex l.12.tab.* ut is qui de statu suo litigat, interim dum causa liberalis finiatur, pro libero homine habeatur. *l.24.& l.seq.§.licet.D.eod.* Et hoc dicebant veteres vindicias dare secundum libertatem, de quo videte Budæum in annotat. *ad l.2.D.de orig.jur.& Livium lib.3.Dec.1.* Verba legis 12.tab.ita referuntur à Fulvio Ursino, si quis ex libertate in servitutem asseritur, Prætor secundum libertatem vindicias dato. Qui vindicia tollit sponsores judicio sistier dato. Notandum est in hac l. verbum asseritur. Nam causa liberalis olim non per ipsum, de cujus statu disceptabatur, ut hodie fit, sed per alium agebatur, qui assertor dicebatur, *de quo inf.tit.de his per quos agere possumus. Paul.lib.5.sent.tit.1. videte Cujac.ad tit. C. de assert.toll.* Possunt tamen etiam pro eo, qui in servitute detinetur, nec ipse ad libertatem proclamare vult, ut ita familiæ suæ dedecus inurat, hodie alij cognati & necessarij intervenire, quamvis pro invito cum servitus ejus pertineat ad ipsorum dolorem & injuriam *l.1. & 4.ll. seqq. D.de liber. causa.* Pro furioso autem & infante non solum necessariæ & cognatæ personæ, sed etiam extranei admittuntur. *l.6.D.d.t.* Sunt tamen aliquot causæ, ex quibus proclamatio ad libertatem denegatur, de quibus videte *l.7.D.de liber. causa & tit. in D. & C. quib. ad libert.procla.non lic.* Secunda præjudicialis actio item ut superior duplex est: vel enim ex ingenuitate in libertinitatem aliquis petitur, vel contrà ex libertinitate in ingenuitatem adseritur. Et in ordinando hoc judicio itemq; in probando idem jus hîc est quod sup. dictum. Hoc tantum singulare est hîc, quòd is qui se ex libertinitate ingenuitati asserit, non auditur ultra quinquennium post manumissionem *l.2.§ 1.& l. 4. D. si libert. ingen. esse dic.* Nisi quis post quinquennium assereret se instrumenta suæ ingenuitatis reperisse. Tunc enim principem adire potest de ea re cogniturum. *d. l. 2. §.ult.* Si quis autem semel ingenuus sit pronunciatus, sententia hæc facit jus in universum quoad omnes qui quandoq; acturi sunt. At res judicata hîc pro veritate habetur. *l.penult.D.de statu hom. & l.207.D.de reg jur.* Cum aliàs sententia tantum inter eos faciat jus, inter quos lata est. *l.50.§.1.D.de leg.1.* Et inter illos tantum pariat exceptionem rei judicatæ, si inter eosdem denuo de eadem re agatur. *l.3.D.de except.rei jud.* Aliis vero non præiudicat. *l.pen.D.de re jud.& t.tit.C.Res inter alios acta.* Tertia actione ait Imp. quæri de partu agnoscendo. Unde & ab Ulpiano *in l 3. §. quid ergo. D.de agnosc. liber.* dicitur præiudicium de partu agnoscendo. Hac actione agitur vel inter maritum & uxorem soluto per divortium matrimonio, si uxor marito denunciârit intra 30. dies post divortium se ex eo gravidam esse vel etiam inter mulierem & avum, in cuius potestatem filius post mortem patris sui natus recasurus est. *l.1.& 3 §.quid ergo.D.de agnosc.liber.* Vel agitur hac actione inter ipsum Patrem & filium, idque rursum dupliciter, ut scilicet aut pater petat declarari hunc esse filium suum, cum is neget: Aut filius petat se pronunciari filium eius, qui se patrem esse negat. Si quis ergo dicat se filium esse adversarii sui, nec tamen tractetur ab ipso & habeatur pro filio: probare debet suam intentionem, se videlicet esse filium.

Sin autem hucusque habitus sit pro filio, præsumptio est pro ipso contra patrem. Pater enim intelligitur is, quem justæ nuptiæ demonstrant. *l.5.D.de in jus voc. & l.6.D.de his qui sunt sui vel al.jur.* Ideoq; pater probabit eum ex se conceptum esse minimè, neque filium suum esse. Contra si quis neget se filium esse adversarij, & tamen hactenus pro filio habitus sit, hîc quòd præsumptio est pro patre, filius probabit hunc patrem suum non esse. Et hæc de filio actore, sive is contendat contra patrem se filium ejus esse, sive neget. Si pater sit actor & adversarium dicat esse filium suum, tum vel adversarius nunquam tractatus & habitus est pro filio ejus: & hoc casu is qui patrem se esse ait, hoc probare debet. Aliàs vincitur. Vel adversarius fuit habitus pro filio, & tum is qui negat eum esse filium suum, intentionem suam probabit. *dd. ll.* Hæ ergo actiones ita inter se differunt, quòd prima est civilis: reliquæ duæ sunt prætoriæ. Ratio, cur illa tantum est civilis, hæc afferri potest. 1. Quia ex l. 12.tab. descendit, cujus verba supra retulimus. 2. Quia Servorum non minus quàm aliarum rerum dominiũ habemus. Dominium autem est civilis & legitima causa. Quemadmodum igitur rei vindicatio, id est, actio de dominio est civilis, ita & causa libertatis, in qua de servitute agitur sive de servorum dominio

Cur autem reliquæ duæ sint Prætoriæ, id inde est, quia jure civili nulla esse soleat actio de ingenuitate & libertinitate, sicut neque de partu agnoscendo. Cum jure civili ex duabus tantum hisce causis nascatur actio, vel ex dominio alióve aliquo jure in Rem, vel ex obligatione. Ad quas causas hæc duo referre non possumus, opus igitur fuit auxilio prætorio. Quod autem hîc additur Ferè, putat Donellus ideo factum, quia præjudicium de partu agnoscendo introductum sit per SCtum, cujus mentio fit *in l.1.D.de agn.lib.* ut ita hoc quoque civilibus actionibus annumerandum videatur, cum SCtum sit pars juris civilis. Sed SCtum illud factum est postea circa edictum prætoris. De partu agnoscendo, ut aliàs quoque SC. ll. accesserunt. Non autem idcirco hoc judicium desiit esse prætorium, aut civile factum est. Inspicitur enim prima cujusq; rei origo. Et hæc hactenus de directis præjudiciis. Dixi autem supra etiam utiles actiones præjudiciales quibusdam casibus competere, ut si disceptetur, an aliqua sit vel fuerit uxor alicujus. *l.3.§.& quid sit.D.de agnosc.liber.* Ubi Bartolus annotat etiã de jure agnationis & cognationis utile esse præjudiciũ, idq; probat Oldendorp. *class.3.act.9.* Sic moribus nostris etiam de propriis hominibus, qui vocantur, itẽ adscriptitiis, censitis & colonis conditionalibus hæ actiones sunt utiles. De quibus videte Accurs. hîc, quem plerique interpp. sequuntur, etiam Hotomannus Æquitas enim in paribus causis paria jura desiderat.

Ad §. Sic itaque.

Epilogus hîc subjicitur primæ ac principi actionum divisioni: quo continetur admonitio de formula sive libello actionum vel in rem vel in personam. Ait autem, ineptum esse libellum in actione in rem, si actor intendat rem suam sibi dari oportere. Rationem adjungit, quia dare est dominium transferre in accipientem. *l. ult. D.de cond. causa dat. l. ubi 75. D. de V. O. l. 167. D. de reg. jur.*

Atqui

Atqui dominium jam antehabens non potest amplius fieri dominus. Potest quidem res una & eadem ex pluribus caussis nobis deberi, sed non potest idē ex caussis pluribus esse nostrum: nec potest dominium nisi ex caussa una contingere. *l. 159. D. de R. I. l. 3. §. ex plurim. s. D. de acquir. poss. l. 14. §. pen. D. de except. rei jud. §. sed si rem. supr. de legat.* Exceptio hujus regulæ est in vers. Planè: de domino scilicet rei furtivæ, qui non solum actionem furti habet, sed etiam condictionem furtivam, id est, actionem in personam furis & hæredis, qua rem persequatur & intendat eam sibi dari oportere. Ratio exceptionis est, odium furum, ut hi pluribus actionibus teneantur. Sed hæc supra exposuimus *ad §. ult. tit. 1. hujus lib.* Ubi differentias harum actionum latius explicavimus. Eædemque repetuntur *in §. ex maleficijs. infr. h. t.* Observetur hic vetus formula actionis in personam. Si apparet Titium dare oportere de qua etiam diximus *supr. ad §. is quoq. tit. Quib. mod. re contr. oblig.* Eademque repetitur *in §. præterea. infr. de except.* Dicebant etiam, si paret, pro apparet, teste Festo & Petronio Arbitro. Oldend. hoc verbum non intellexit. Nam *Class. 7. act. 3.* exponit, si Dominus apparet, id est, intendat. Dabat autem prætor judicem, qui caussam cognosceret, eumque his verbis alloquebatur, si paret, id est, liquebit, Titium Sejo dare facere oportere judex condemna. Secundò notetur hic particula PLANE, quæ adhiberi solet in exceptionibus vel restrictionibus: ut & mox *in §. rei persequendæ vers. planè si depositi. & in §. alteri vers. Planè supr. de inutil. stip.* Sic & particula sanè usurpatur, de qua dixi *supr. ad §. æque in fi. Vide & §. si quis agens. vers. sane infr. h. t.*

Ad §. Appellamus.

Hic §. intelligitur ferè ex ijs, quæ dixi *supr. ad §. h. t.* Nihil enim continet aliud quàm vocabula actionum in rem & in personam. Quarum illæ dicuntur vindicationes, hæ verò condictiones. Idem dicitur *in l. 25. D. de obl. & act.* Atq; ita cùm alibi opponuntur inter se cōdictio & vindicatio, tùm in *l. 1. C. de donat.* quæ sub modo, ubi non solum condictio, id est, in personam actio jure procedere dicitur, verum vindicationem quoque dandam esse. Et vindicatio quidem à vindicta videtur, quæ moribus fiebat & dicis caussa in actione in Rem, cum litigantes sese in jure manu consertum vocarent, ut videre licet apud Cic. *pro Cæcinna & apud Gellium lib. 20. cap. 9.* Vel etiam à vindicijs, id est, à gleba, quæ ex fundo controverso sumpta in jus sive ad prætorem deportari solebat. Quanquam vindiciæ etiam significent possessionem, ut nuper dicebam de phrasi, vindicias dare secundum libertatem, id est, constituere aliquem in possessione libertatis. Condicere veteres dicebant pro denunciare vel indicere, sicut Romani cum bellum alicui populo indicebant per suum Fecialem sive patrem patratum, utebantur verbo condicendi, *teste Livio lib. 1.* Sic etiam in Judicijs & actionibus forensibus, quia pugnæ quoddam simulacrum est, ad eas quoque translatum est hoc verbum. Et condicere vocabant etiam diem dicere, ut videre est apud Cic. *3. de offic.* Terentius vocat dicam scribere. Quæ diei dictio & denunciatio tàm in actionibus in rem quàm in personam usitata fuit: ut proinde

Iiii 3 omnes

omnes actiones videantur dici potuisse condictiones ; sed tamen quia actiones in rem suum nomen habent, ut vindicationes dicantur, hoc nomen tributum est solis actionibus in personam, in ijsq; remansit etiam post sublatum usum denunciationum priscarum, de quib. vid. *Cujat. lib. 16. c. 7. & lib. 2. C. Th. tit. 4.* Quibusdam tamen casibus etiam hodie denuntiationes necessariæ sunt: de quibus alibi videri potest. Glossarij vet. duo loci huc valdè pertinent: Condici, ἰσπροσωποι ἀγωνίζεσθ. Ε:, παραγγελία. Denuntiatio, Condictio. Condicere est Denuntiare priscè: nunc verò Condictionem omnem in personam actionem dicimus.

Ad §. Sequens illa.

Secunda, vel (si subdivisionem illam in civiles & prætorias etiam adnumeremus) tertia actionum divisio, eaque trimembris: qua actiones vel sunt rei persecutoriæ, vel pœnales: vel mixtæ. Singulæ species ordine ac deinceps exponuntur usque *ad §. quædam.* Sumitur autem hæc divisio à varietate & qualitate eorum, quæ actionibus petuntur. Quicquid enim actione aliqua petimus, id vel res est, vel pœna, vel partim res partim pœna, Idque fit tàm in prætorijs quàm civilibus actionibus. *arg. l. 35. D. de obl. & act.* Maximus autem usus est hujus divisionis, Et potissimum quidem in eo, cum quæritur, an actio detur adversus hæredem necne. *de quo in §. 1. infr. de perpet. & temp. act.* Item cum quæritur de tempore actionis, An videlicet tantum intra annum, an verò etiam ultra detur, de quo ibid. & *in d. l. 35.*

Ad §. Rei persequendæ.

Est igitur rei persecutoria actio, qua persequimur id, quod ex patrimonio nostro abest. *d. l. 35. D. de obl. & act.* Sive id nostrum sit & ab alio possideatur, sive nobis debeatur. Nam actiones rei persecutoriæ aliæ in rem sunt, aliæ in personam. Et in rem quidem omnes indistinctè sunt rei persecutoriæ. Nam in illis vel dominium rei nostræ petimus, ut in rei vindicatione: vel jus aliquod nobis competens. V.G. Bonæ fidei possessionem in Publiciana. Vel servitutem prædij aut personæ in confessoria & negatoria: vel jus pignoris aut hypothecæ in Serviana & quasi Serviana. In personam vero actiones cum quædam sint ex contractu, quædam ex maleficio. *§. ult. supr. de oblig. §. 1. supr. h. t.*

Rei persecutoriæ sunt ex his tantum illæ quæ nascuntur ex contractu, v. g. Condictio certi ex mutuo, ex stipulatione, condictio indebiti: Actio pignoratitia, actio depositi, commodati, mandati, pro socio, empti venditi, Locati conducti. Sed ne hæ quidem omnes. Excipitur enim aliquando actio depositi. Nam si agatur actione depositi de ea re, quæ in casu necessitatis apud aliquem deposita fuit, puta in tumultu, incendio, ruina, naufragio: jam autem negatur ab eo, qui servandā accepit: hîc actio depositi non tantum rem ipsam, quæ deposita est, persequitur, sed etiam alterum tantum, quod pœnæ causa dandum est. Atque ita mixta est hæc actio depositi. Cur autem hoc casu actio sit in duplum ratio est. 1. Commiseratio illorum, quorum res periclitatæ sunt vi majore: ut inquam his tanto melius consulatur.

Deinde

Deinde odium perfidiæ in inficiante, quæ tanto major hîc est, quàm in simplici & vulgari deposito: quanto magis periclitanti adempta est electio certæ personæ. Qui extra casum talis necessitatis deponit, is spatium habet deliberandi & eligendi aliquem, cui præ cæteris rem suam commendat. Hac facultate eligendi caret is qui ex causa necessaria deponit. Is enim obvium quemque amplecti cogitur. *Vid. l. 1. §. 1. & seqq. D. depos.* Sic gravius quoque punitur crimen ejus qui ex incendio, ruina, naufragio aliquid rapuit quàm vulgare furtum aut rapina. *l. 1. & t. t. D de nicend. naufr. ruina.* Addit Imp. limitationem quandam. Nam non aliter hujus depositi actionem in duplum esse ait, quàm si agatur cum ipso apud quem depositum est, vel si ipse hæres dolum admiserit, aut ex dolo defuncti lucrum perceperit. De quo *inf. plurib. ad §. de perpet. & temp. act. Vid. l. 38. & 44. D. de R. I.*

Ad §. Ex maleficijs.

Pœnales actiones sunt, quibus pœnam aliquam maleficijs à legibus propositam petimus. Quod ut intelligatur, admonendi sumus non agi hîc de pœna ea, quæ in stipulationibus præsertim faciendi adijci solet, & dicitur pœna cõventa sive conventionalis, de qua *in §. ult. supr. de V. obl. & §. alteri supr de inutil. stip. & l. ult. D. de prætor. stipul.* Ea enim non petitur per actionem pœnalem, sed per condictionem certi, quæ est rei persecutoria, utpote ex contractu. Deinde Actiones pœnales, de quibus hîc, non pertinent ad exigendas pœnas criminum, quia de his publica instituuntur judicia & actiones, *ut infr. videbimus tit. ult.* Tantum igitur ad pœnas debitorum privatorum hæ actiones dantur. Exempla quæ hîc afferuntur jam supr. exposita sunt *tit. 1. 2. & 3. hujus libri.*

Ad §. Vi autem bonorum.

Mixtæ actiones sunt, quibus partim Rem, sive id quod nobis abest: partim pœnam persequimur. Exempla earum tria hîc exponuntur.

I. Est in actione vi bonorum raptorum, in qua quadruplum quod petitur, non totum est pœna, sed rem ipsam in se complectitur, *ut supr. d. t 2.*

II. In actione Legis Aquiliæ, quæ datur contra inficiantem in duplum. *l. 23. §. pen. D. ad L. Aquil l. 4. C. eod.* Alterum est res, alterum pœna. Deinde etiam si agatur in simplum, sed quanti plurimi: id quod excedit præsentem rei æstimationem, est pœna. Ipsa vero æstimatio quę fuit tempore damni dati est res quæ nobis abest. *Videte quæ supr. d. ad tit de Lege Aquilia. §. his autem verbis Quò etiam Imp. nos remittit.*

III. In actione de legato vel fideicommisso ad pias causas relicto propter moram hæredis duplum petitur. Cujus pars altera est res, altera est pœna. Conferte cum hoc loco *§. sed furti. inf. h. t. & §. ult. sup. de oblig. quæ ex q. cont.* Punitur & alia ratione is, qui hujus legati solutionem distulit usque ad judicium: nimirum, ut non possit detrahere Falcidiam. *Nov. 131. cap. 12.* Unde sumpta est *Auth. similiter. C. ad l. Falcid.* Notetur hîc formula Aliud tantum. Pro qua JC. crebrius dicere solent alterum tantum.

Sunt

Sunt autem & aliæ actiones mixtæ, ut actio servi corrupti, actio quod metus causa, Actio depositi ex certis causis, de quibus paulò antè dictum. Item actio in factum contra calumniatores, actio arborum furtim cæsarum, denique actio rerum amotarum.

Ad §. Quædam actiones.

Mistæ actiones tribus modis dicuntur, uno, de quo jam dictum. Quib. scil. partim pœna, partim res petitur. Altero quæ tàm sunt in rem quàm in personam, ut sunt hæ 3. actiones, Familiæ erciscundæ, communi dividundo, Finiũ regundorum, quæ etiam alia ratione mixtæ dicuntur actiones, quia scilicet in his uterque actoris & rei partes sustinet. *l. 37. actionis. §. ult. D. de obl. & act. l. 2. §. in familiæ & l. 44. §. qui familiæ. D. fam. ercisc.* Quamvis actor is esse videtur, qui ad judicium provocavit. *l. 2. §. ult. D. comm. divid.* Et hæc tertia est notio actionum mixtarum. Unde etiam duplicia judicia passim appellantur, ut *d. l. 2. §. ult. D. comm. divid. & alibi.* Sed cur hæ Tres actiones (quibus etiam petitio hæreditatis addenda est *ex l. 25. §. petitio. D. de petit. hæred. & l. 7. C. eod.*) cur inquã hæ actiones sunt mixtæ, i. e. partim in rem, partim in personam, Ratio est, quia ex duobus constant, i. e. rebus atq; præstationib. ut ait *l. 22. §. pen. D. fam. ercisc. l. 4. §. sicut. D. comm. divid. l. 1. D. fin. regund.* Quatenus rei divisio per illas petitur, eatenus in rem sunt: quatenus præstationes personales in easdem veniunt, eatenus sunt in personam. Appellamus autem præstationes personales eas, quæ in his judicijs alterum alteri dare facere oportet: quæ qualia sint, *d. est, supr. ad tit. de obligat. quæ ex q. contractu nasc. §. item si inter. ubi de causis harum actionum egimus.* Si tamen rem accuratius examinaverimus, comperiemus has 3. actiones potius esse in personam quàm in rem *arg. l. 1. D. fin.* Non tàm enim res hîc petitur & vindicatur quàm rei divisio postulatur. Sicut contra petitio hæreditatis potius est in rem quàm in personam *d. l. 28. §. petitio. D. de petit. hæred.* Porrò de trib. istis actionibus duo hîc exponuntur. 1. Quib. & ad quid dentur. 2. Quænam hîc sint partes judicis. Familiæ erciscundæ actio locum habet inter plures cohæredes ad id, ut communis hæreditas inter ipsos dividatur. Unde etiam vocatur hæc actio Judicium & arbitrium hæreditatis dividendæ. *l. 3. & 18. C. fam. ercisc.* Familia enim hîc nihil aliud est quàm hæreditas, sive patrimonium & res, ut & in alia lege XII. tabularum, quæ est, Agnatus proximus familiam habeto. *l. 195. §. 1. D. de V. S.* Erciscere vero veteribus idem erat quod dividere. Unde & erctum citum, id est, patrimonium divisum dicebant, teste Festo: quod est etiam apud Ciceronem *lib. 1. de oratore.*

Descendit hæc actio ex lege 12. tab. *l. 1. D. fam. ercisc.* ubi & ratio redditur, Quia in communione nemo invitus detineri cogatur. *l. ult. C. comm. divid.* Propter discordias scilicet, contentiones & rixas, quæ ex communione oriuntur. *l. 77. §. dulcissimis. D. de leg. 2. l. 26. D. de serv. præd. urban.* Ideo aliqua actio constituenda fuit cohæredibus alijsque à communione discedere volentibus. Verba l. 12. tab. hæc refert Fulvius Ursinus: Si cohæredes partem rerum singuli suam habere malunt, familiæ erciscundæ arbitrium sumunto eique jus arbi-

arbitriumq; rerum suarum permittunto. Ex quibus verbis notandum est, Judicem in hac actione dici arbitrum familiæ erciscundæ. *l. 30. l. 51. & seq. l. ult. D. fam. ercisc. l. 21. C. eod.* Et arbitrium familiæ erciscundæ *l. 43. D. d. t.* Item arbitrium dividundæ hæreditatis. *l. 18. C. d. t. l 47. D. eod.* Ait Imp. Cohæredibus. intelligit tam ex testamento quàm abintestato succedentibus. *l. 16. & ult. C. fam. ercisc.*

Deinde cohæredes intelligendi sunt non tantum qui jure civili succedunt, sed etiam qui jure prætorio, ut Bonorum possessores: Item hæredes fideicommissarij. *l. 24. §. 1. D. fam. ercisc.* Non tantum autem huic actioni locus est, si omnes cohæredes unanimi consensu divisionem postulent, sed etiam si vel unus ad divisionem provocet. *l. 43. D. fam. ercisc.* Quid si unus ex pluribus cohæredibus absit aut ignoret cæterorum divisionem? Hujus juri nihil derogatur neque præjudicatur ista divisione, sed salvam portionem suam pro indiviso retinet. *l. 17. C fam. ercisc.* De rebus, quæ in hanc actionem veniant, breviter sciendum, venire cæteras omnes tàm incorporales quàm corporales. Exceptis nominib. *l. 4. & l. 25. §. 1. D. fam. ercisc.* Cujus rei ratio est *in l. 6 C. eod.* Quia scil. ea, quæ sunt in nominibus, id est, debita & æs alienum hæreditarium ipso jure ex lege 12. tab. sunt inter cohæredes divisa. *l. 26. C. de pact. l. 1. C. de except. l. 1. C. si cert. pet. l. 10. C. de jure deliber. l. ult. C. de act. hæred. l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus.* Deinde in hoc judicium non deducuntur loca religiosa. Horum enim jus singulis hæredibus in solidum competit. *l. 30. D. fam. ercisc.* Tertiò in hoc judicium non venit, quod statu liber conditionis implendæ causa uni ex cohæredibus dedit de peculio suo. *l. 20. §. ult. D. d. t.* Officium in hac actione judicis ut & in cæteris duabus, quodnam sit de eo plurib. *inf. § si familiæ & §§. seqq. tit. de offic. jud.*

Communi dividundo actio est quæ datur ijs, intra quos res aliqua communis est: & datur ad id ut ea res dividatur. Ratio hujus actionis eadem est cum superiori. Potest autem res aliqua inter aliquos esse communis vel ex societate, id est, contractu, videlicet si eandem rem simul emerint, vel citra societatem, v. g. Si duobus eadem res donata aut legata sit. *l. 25. §. non tantum D. comm. divid.* Item si duorum dominorum materiæ confusæ sint. *§. si duorum. supr. de rerum divis. l. 19. D. comm. divid.* Et utroque casu huic actioni locus est. *l. 2. D. d. t.* Possunt autem communi dividundo etiam cohæredes agere, si fortè inter eos jam actum sit familiæ erciscundæ, & tamen res quædam indivisæ relictæ. Etsi enim Judex familiæ erciscundæ judicio nihil indivisum relinquere debet. *l. 25. §. inde. D. cõmuni divid.* Fieri tamen potest, ut quædam res ipsius diligentiam effugiant, hoc casu quia familiæ ercisc. judicium non potest amplius exerceri (Judicia enim universalia semel tantum exerceri possunt) restat ut de indivisis agatur cõmuni dividundo. *l. 20. §. familiæ. D. h. t.* Sed communi dividundo actio sæpius repeti potest: quoties nimirum vel una res indivisa est relicta. *l. 4. §. hoc judicium. D. eod.* Quid si res communis esse desierit? Hîc directa actio locum non habet. *l. 9. C. commun. utriusq. jud.* Utilis tamen dabitur: de præstationib. videlicet. *l. 6. §. 1. D. fam. ercisc.* Porrò hæ duæ actiones cùm alia inter se communia habent, tùm illud, quòd utraq; est bonæ fidei. *§. actionum. inf. h. t.* Quod de actione familiæ erci-

secundo probatur etiam per *l.9.C.fam.ercisc.de communi divid.in l.14.§.1. D.côm. divid.* De utroque conjunctim *in l.3.C.commun utr. judic.* Deinde hoc quoque commune habent, quòd divisio ex illis semel & rectè & bona fide facta inter majores 25. annis non instauratur. *l.pen.C.commun. divid.l.8. C.com. utriusq; jud.* Quod adeò verum est, ut ne tum quidẽ retractetur divisio etiamsi is dederit arbitrum qui jus dandi non habuit. *l.2. C comm. utr. jud.* Minorib. vero circumscriptis & læsis succurritur restitutione in integrum. *d.l.pen. vers. quod si minor.* Deinde si male fide divisio facta sit etiam majorib. subvenitur: Et quod iniquè factum est in melius transformatur. *l.3.C.commun.utr.jud.* Et hæc de actione familiæ erciscundæ & communi dividundo.

Restat actio finium regundorum. Est autem fines regere dirigere eos, & dirimere ac distinguere & modum agris ponere, si fortè termini ac limites agrorum sint amissi vel inundatione vel alia causa confusi. Hæc actio vocatur etiam Quæstio finalis *in l 4. & ult.C fin.reg.* Et finale jurgium *l.pen.C.eod.* Apulejus *lib. 6.de asino aureo.* Finalem causam vocat. Sic enim ait: In causa finali de proprietate soli, imò viæ erciscundæ contendentes. Agunt autem ea inter sese hi qui cõfines agros habent, ut hîc dicitur. Tantùm enim ad prædia rustica hęc actio pertinet, & locum habet in confinio prædiorum rusticorum. *l.2.& l. 4. § pen. D.fin. reg.* Inter vicinos igitur locum non habet. Differunt enim confines seu affines à vicinis. Confines propriè dicuntur in agris sive prædijs rusticis: Vicini in ædificijs sive prædijs urbanis *d. l.4.* Interdum tamen etiam vicini dicuntur qui propriè sunt cõfines, sed impropriè, ut *in d.l.4.§.1.& l.2.C.fin.reg.* Neq; tantùm inter duos, sed etiam inter plures confines hæc actio datur. *d.l.4.§.non solum.* Inter eos verò non datur quorum fundus est communis. *d. l. 4. §. qui communem & §. seq.* Jubet autem judex fines ac terminos agrorum declarari & suum cuique restitui per agri mensorem. *l.8. d.finium reg. & l.3. C.eod.* Sed de officio Judicis in his trib. actionibus plura suo loco *infr.in tit.de offic.judicis.*

Ad §. Omnes autem.

Alia actionum divisio à quantitate ejus quod petitur sumpta. Alijs enim actionibus simplum petitur: alijs duplum: alijs triplum: alijs quadruplum. Addit Imp. Nullam actionem extendi ultra quadruplum, Ideoque Cicero accusat Verrem inter cætera ob id quod octuplum exegerit. Jure tamen Mosaico etiam in quintuplum actio datur. Cujus divisionis, quæ nusquam alibi in jure ita expressè extat, usus est maximè in petitione sive conclusione libelli, ne videlicet actor incidat in periculum plus petitionis, quod quale sit *infr. cognoscetis in §. si quis agens h.t.*

Ad §. In simplum agitur. & 5. §§. seqq.

Exempla singularum specierum subijciuntur deinceps usque *ad §. actionum autem* 28. quæ tamen pleraque sunt facilia & jam ferè ante exposita: ut condictio certi ex stipulatione, ex mutuo, actio locati, mandati, empti, venditi, Item actio furti, legis Aquiliæ, depositi, tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa: actio legati ad pias causas, si hæres distulerit solutionem.

Tantum

Tantum restant explicandæ hîc actiones quædam de quibus nondum quicquam dictum est: ut sunt. 1. actio servi corrupti. 2. Condictio ex lege sive actio in triplum contra eum qui majorem summam, quàm revera debebatur in libellum retulit, quò majorem mercedem sive sportulas exigerent apparitores. 3. Actio quod metus causa. 4. Actio in factum contra calumniatores. 5. Actio in quadruplum contra apparitores, qui à litigantibus aliquid exegerunt contra legem: quæ actio est etiam condictio ex lege. De his igitur. V. actionibus ubi pauca dixerimus satisfactum erit huic loco.

Ad primam actionem, quæ est servi corrupti, pertinet *totus tit. D. de servo corr. Et pars tit. C. de furt. & serv. corr.* Oritur hæc actio ex delicto ejus, qui servum alterius dolo malo & calliditate quadam corrupit, & quolibet modo, sive in corpore, sive in animo & moribus deteriorem fecerit, sive servus antea frugi fuerit, sive malus & nequam, sive inquam bonum aliquis fecerit malum, sive malum deteriorem *l. 1. §. 3. persuadere & §. seq. D. de serv. corr.* Modi, quib. servus corumpi potest, aliquot hîc recensentur & plures *in d. l. 1. §. ult. cum 2. ll seqq. l. 11. §. 1. l. 14. §. 6. & 7. & l. 15. D. d. t.* Summa est, Quod corruptela vel fit in corpore servi, vel in animo. *l. 9. §. ult. D. eod.* Non tamen ob quamlibet corruptelam hæc actio datur, sed ob eam demum, quæ dolo malo facta est. *l. 1. in pr. & l. 3. l. 5 D. d. t.* Si quis ergo sine dolo vel lusus gratia deteriorem fecerit, non tenetur: quamvis contra eum detur utilis actio. *l. 4. D. d. t.* Quid si quis servum corruperit, quem putabat esse liberum? Resp. Omninò & hunc teneri oportet: cum magis etiam deliquerit. *d. l. 5. § 1. D. eod.* Quid si servus meus tuum corruperit? Noxalis actio tibi contra me datur etiamsi usum fructum in eo habeas. *l. 5. § pen. & l. 14. §. si is. D. de serv. cor.*

Ex his intelligitur, non solum ex qua causa, sed etiam contra quem hæc actio detur. Nunc videamus, cui detur. Et datur ei, cujus interest servum non corrumpi. Sin autem nihil intersit non datur. *l. 1. §. 1. D. eod.* Potest autem interesse non solum domini, sed etiam fructuarij, qui usumfr. in servo habet. *l. 9. §. 1. D. eod* Quid si servus pignori datus corrumpatur? Hujus nomine debitor actionem habet. *d. l. 14 §. pignori.* Neque his solum, sed etiam hæredibus eorum cæterisque successoribus hæc actio datur. Non autem in hæredem. *l. 1. & l. 17. D. de serv. corr.* Datur autem hæc actio in duplum ut hîc est expressum. Et quidem semper & omnimodo in duplum, non solum adversus inficiantem, sed etiam contra fatentem. Qua in re differt ab actione legis Aquiliæ, quæ tantum contra negantem est in duplum *§. sed furti quidem infr. h. t. l. 1. in pr. l. 5. §. hæc actio & l. 9. §. datur D. de serv. corr.* Sed duplum cujus respectu hîc dicitur, sive quid duplicabitur? Respondet prætor, quanti ea res erit, id est, 1. Quanto vilior erit factus sive quanto minoris erit servus: idque æstimabitur officio judicis. 2. Quicquid damni & detrimenti per hanc corruptelam servi datum fuerit, v. g. Si quas res secum abstulerit servus fugiens, *ut hic & l. 9. §. 1. & ult. cum l. seq. l. 14. §. pen D. h. t.* Quo casu notandus est concursus hujus actionis cum actione Furti. *l. 11. §. ult. D. de serv corr.* Damna tamen ea quæ servus postea consuetudine peccandi dederit, non venient in hanc actionem *d. l. 11*

Sed observandum est, Duplum in hac actione non extra rem, sed rem ipsam continere. *d.l.14.§.in hac actione. D. de serv. corr.* Interdum tamen in simplum datur hæc actio: puta, si maritus contra uxorem servi corrupti agat: Idque fit favore nuptiarum. *l. ult. D.d.t.* Quæritur, quàm diu hæc actio detur? Et ait Vlpianus eam perpetuam esse, non temporariam. *l. 13. D. de servo. corr.* Ratio dubitandi est: Quia hæc actio est prætoria. *arg.l.1. D.d.t.* Sed decidendi ratio est, Quia est rei persecutoria saltem pro parte. Id enim indicant illa verba in edicto, quanti ea res erit. Cui non obstat quod pœnalis dicitur *in d.l.13.D. eod.* Non enim est merè pœnalis, sed etiam rei persecutionem continet. *d. l. 14. §.in hac actione.* Quid si filius vel filiafam. corrupti sint? Hoc casu directæ actioni locus non est. Quia edicti verba non de liberis, sed de servo corrupto loquuntur. Utilis tamen patri contra corruptorem liberorum actio datur, ex mente scilicet & sententia edicti. Quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi. Porrò his actionibus quæ hîc enumerantur addenda est actio etiam cõtra Publicanos de eo, quod vel ipsi, vel eorum familia vi alicui ademerint. *l.1. in pr. & l.5.D. de public.* Quam tamen pœnam euadere potest publicanus restitutione ablatorum, ut mox dicemus de actione quod metus causa. *l.1.§.4. & restituendi.l.5.D. de public.*

Ad §. Tripli verò.

Secunda actio talis est in hoc §. Contra eum, qui in libello plus petijt summa, atque ita dolo malo occasionem dedit executoribus quò majores sportulas exigerent, datur reo convento actio in triplum contra istum actorem. Quæ actio quia à Justiniano peculiari lege introducta est, neque nomen proprium habet, vocatur generali nomine condictio ex lege; sive condictitia ex lege. Quod ut intelligatur, de sportulis primò sciendum est, eas esse stipes sive mercedulas & salaria, quæ vel judicibus vel apparitoribus atq; executoribus litium dantur à reo pro modo & quantitate summæ petitæ. *vide tit. C de sportulis & Cujac. lib.12.obs.c. 21. & seq.* Deinde sciendum condictionem ex lege dici eam actionem quæ datur ex obligatione per novam aliquam legem introductã si tamen non sit eadem cautum atque expressum, quo genere actionis experiamur. *l. un.C. de condict.ex l.* Constitutio autem illa, quam Imp. hîc ait in suo codice fulgere, non modò obscurata, sed planè extincta est, cum fuerit Græca. *de qua vide Cujacium d. cap. 22.* Porrò triplum in hac actione continet etiam simplum, id est, id, in quo reus damnum est passus.

Ad §. Quadrupli. 25. & 27.

Sequitur tertia actio Quod metus causa, *de qua est tit. D. Quod met. caus.* Metus est, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio, & non quilibet timor, sed majoris mali: nec vani hominis, sed etiam qui in hominem constantissimum cadit. *l.1.5. & 6.D. Quod metus causa.* v.g. Si quis mortem alicui, vel ejus liberis, intentârit, si stuprũ, si in carcerem detruserit, ut aliquid ab ipso extorqueret. *l.8.§.pen.& ult.& l.pen.D.d.t.* Metus aũt etiam vim continet. *d.l.1.& l.3.D.eod.*

Quod

Quod ergo metu gestum fuerit Prætor ratum non habet, & quidem nullo tempore, sed rescindit atque in integrum restituit. Et quidem si quis à prætore jussus non restituat in quadruplum contra ipsum actio datur, quadruplum autem quanti ea res erit, sive omne id quodcunque restitui oportuit, id est, res cum fructibus & omni causa, id est, omne id quod interest: Ita tamen ut quadruplo simplum insit & pœnæ usque ad triplum stetur. Ex his intelligitur, non omnimodo neque statim in quadruplum dari hanc actionem, sed tum demum, si jussui prætoris non pareat is, qui metum intulit, neque rem restituat. Nam si restituat, pœnam evitabit & absolvetur. Unde apparet prætorem satis clementer cum reo agere & licentiam ei concedere faciendi restitutionem usque ad sententiam: qua licentia ac clementia ii abutatur, jure ac merito quadrupli condemnationem patietur. Hæc omnia partim habentur *hic in §. item actio, partim in L.14. item si. D. quod met. causa.* Observandum hîc est, Actionem, quod metus causa esse arbitrariam. De quo genere actionum dicemus *in §. præterea. inf h.t.* Ubi audietis, in his duplicem ferri sententiam: quarum prior dicitur arbitriū, quæ est quasi interlocutio quædam *d. l. 14. §. hæc a. actio. & l. seq. D. Quod metus causa.* Dicitur etiam actio in rem scripta *in l.9.§. ult. D. eod.* Ideo quia quamvis in personam sit *d. §. præterea. inf. h.t.* Tamen quia hoc edicto prætor generaliter & in rem loquitur *d.l.9.§.1.* non tantum adversus eos, qui vim fecerunt, aut metum intulerunt, sed adversus omnes restitui vult. Nec quæritur hîc, utrum is qui convenitur, an alius metum fecerit. *d.l.9.§.ult. & l.14.§.3.D.d.t.* Dices, hoc esse iniquum, ex alieno facto alium condemnari? Resp. JCtus *in d.l.14.* non esse iniquum, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. Datur autem hæc actio etiam successoribus, cum & rei persecutionem habeat. In hæredes vero non datur nisi quatenus ad eos pervenit, seu quatenus locupletiores facti sunt *d.l.14.§. in causa. & l. 16. quod diximus. §. ult. cum 4. ll. seqq. D.d.t.* Estque annua, post annum datur in simplum, sed causa cognita *d.l. 14. §. 1. & 2.* Postremò notetur concursus hujus actionis cum actione de dolo. *d. l. 14. §. eum qui. D. eod.*

Quarta actio est contra calumniatores in quadruplum. Quò pertinet *tit. D. de calumniat.* Calumniator aliàs est qui falsa lite alium vexat, cum sciat, se iniquam fovere causam. Quod ne fiat, introductum est jusjurandum, quod calumniæ vocatur, de quo dicemus *inf. ad §. item actoris. de pœnis temerè litigant:* Sed hîc calumniator vocatur qui propterea pecuniam ab aliquo accepit, aut aliud pro pecunia, vel depectus est, ut negotium alteri faceret calumniæ causa. *l.1. cum 2. seqq. & l. pen. D. de calumn.* In hunc datur actio intra annum in quadruplum: post annum in simplum. *d.l.1. & l.6. D d.t.* Datur etiam in hæredem in id, quod ad ipsum pervenit. *l.5. in hæredem. D. eod.* Notandus est hic quoq; concursus actionis hujus cum condictione ob turpem causam. *d.l.5.§.1.D. de calumn.* V. actio est condictio ex lege adversus executores litium, qui plus æquo sportularum nomine exegerint. Et proinde quadruplum reddere coguntur. Hujus actionis meminit etiam *Cassiodorus lib. 9. variar.* quem adducit hîc Cujacius: si quis executor, inquit, sportularū nomine plus constituto exegerit, in quadruplum.

plum jubemus ablata restitui. Sed quæstio est, utrû illud quadruplum totum ei sit attribuendum, qui dedit? Faber id ait: Alij, ut *Iason hic*, Triplum fisco inferri debere: & simplum tantum attribuendum reo: quod mihi non videtur, qui Fabro potius assentior. Constitutio autem Justiniani, cujus hîc meminit Imp. hodie non extat. Addit Cujacius aliud exemplum, actionis in quadruplum ex *l. ult. C. de fideicomm. libert.* Ubi hæres, à quo servus alteri est legatus ut ab eo manumittatur, si is non præstet servum, sed lite se pulsari patiatur, in quadruplum condemnatur, omnium expensarum nomine, quascunque legatarius fecit. His ita expositis faciles jam sunt differentiæ actionum in duplum & actionum in quadruplum, quæ in textu afferuntur.

Ad §. Actionum autem.

Sequitur insignis & magni momenti ac usus divisio, qua actiones aliæ sunt bonæ fidei, aliæ stricti juris, aliæ arbitrariæ. Nam eorum nobis placet sententia, qui tripartitam faciunt hanc divisionem. Alij vero actiones arbitrarias tanquam exemplum subjiciunt iis, quæ sunt stricti juris. Sed eos vel sola fefellit *l. 3. §. 1. D. de usur.* Ubi stricti juris judicia neque arbitraria neque bonæ fidei esse dicuntur: quod non fieret, si arbitrariæ actiones essent species earum, quæ sunt stricti juris. Deinde Imp. ipse mox *in §. præterea.* satis indicat arbitrarias constituere speciem distinctam ac separatam ab actionibus bonæ fidei & stricti juris. Eos tamen, qui bimembrem fecerunt divisionem, moverunt, credo, alia loca in jure nostro, ubi actiones in bonæ fidei & stricti juris tantum dividuntur, omissis arbitrariis, ut *l. 3. §. 2. in hac action. D. commod. l. 5. in action. b. & l. seq. D. de in litem jur.* Quanquam & ibi *in l. 5.* satis indicatur tertium divisionis membrum, Arbitrariæ scilicet, dum nominantur actiones in rem & ad exhibendû, quæ sunt arbitrariæ. Sic Justin. *in l. un. §. 2 C. de rei uxor. act.* opponit inter se actionem, quæ ex bona fide descendit & eam quæ stricto jure vallata est. Eodem modo & contractus dividuntur *in l. 3. C. in quib. caus. in integr. restit.* Idque indicatur, sed obscurè *in fin sup. tit. de obligat. ex consensu. & l 2. ac l. 5. in pr. D. de obl. & act.* Actionum porrò bonæ fidei meminit & *Cicero 3. offic. & pro Roscio Comœdo*, deque eis eruditè & copiosè explicat præ cæteris Duarenus *ad l. 7. D. de pact. & ad tit. D. de in lit. jur.* Ejusque discipulus, præceptor noster D. Donellus hîc. Sed huic divisioni obstare videtur, I. Quòd in omnibus rebus potior justitiæ æquitatisque quàm stricti juris ratio esse debeat, ut ait *l. 8. placuit. C. de judic.* II. Quòd in omnibus contractibus bonam fidem considerari æquum sit. *l. 4. C. de obl. & act.* Ergo etiam in contractibus stricti juris qui vocantur.

Resp. Ad primam objectionem, cum actiones quasdam stricti juris esse dicimus, strictum jus intelligi volumus non id, quod aliàs summum jus & subtilitas ac scrupulositas juris dicitur, Item apices juris, cum scilicet verbis legis tâtum inhæretur, non autem mens & sententia ejus attenditur. Bonæ fidei enim non convenit de apicibus juris disputare. *l. 29. ff. fidejussor. §. quadam. D. Mand.* Hoc summû jus summa sæpè injuria dicitur, & ejus ratio nullibi haberi debet,

sed

sed justitiæ æquitatisq; *d.l.8.* Verùm hîc jus strictum significat strictam potestatem judicis, ut inf. dicetur.

Ad secundam objectionem respondeo. Cum quasdam actiones bonæ fidei esse dicimus, non hoc volumus, quosdam contractus & actiones esse, à quibus bona fides abesse atque exulare & dolus adhiberi possit. Nam & stricti juris actio, qualis est ex stipulatu, si in contractu dolus intervenerit, per exceptionem doli mali submovetur. *l.pen.C.de inut.stip.* Sed quod bona fides maximè requiratur in contractibus bonæ fidei, ut ait *l.5.si dolo.C.de rescind.vend.* Et in illis bona fides summam æquitatem desideret, ut ait *l.31.bona fides.D depos.* adeoq; hîc exuberet, ut dicitur *in l.3.C.pro socio.* Ita quidem ut hîc multa alterum alteri præstare oporteat ex bona fide sive æquo & bono, etiamsi nihil expresè de iis inter contrahentes dictum vel conventum sit. *l.2.& l.5. D. de obl. & act. & in fin. tit.sup.de obligat.ex consf.Cicero 3.offic.* Quod non ita est in contractibus stricti juris, in quibus nihil nisi quod expresè dictum sive lingua nuncupatum fuerit, præstatur. Idemné ergo sunt, inquies, bona fides & æquum bonum? Item, suntné idem actio bonæ fidei & actio ex bono & æquo orta? Imò non sunt idem: sed differunt ut factum & jus. Bona fides enim est facti, Æquum & bonum est jus. Ita Donellus distinguit *hic num.17.* In quam sententiam ferè & Giphanius scripsit *in disput.de principiis juris.* Æquum bonum sive æquitatem propriè dici de legibus & jure: Bonam fidem verò de contractibus. Contractus autem sunt facti *l.7.consilio.§.quæsitum D.de curat.fur.* Neq; vero confundendæ sunt actiones bonæ fidei cum actionibus quæ ex æquo & bono oriri dicuntur. Etsi enim interdum fieri potest, ut hæc duo concurrant: actionem ex æquo & bono natam esse & eandem actionem esse bonæ fidei, ut videre est in actione de dote: quæ cum sit bonæ fidei. *§ Fuerat.inf.h.t.* tamen dicitur in bonum & æquum concepta *in l.8 eas.D.de cap.minut.* Plerumque tamen diversa ac separata sunt hæc: ut nimirum actiones ex æquo & bono dentur, & tamen sint non bonæ fidei, sed stricti juris v.g. Condictio indebiti. *l.15.indebiti.& l.pen.D.de cond.indeb.* Sic cõdictio ob rem dati dicitur ex bono & æquo esse *l.65.in summa.§.4. quod ob rem.D. d.t.* Sic actio funeraria *l. 14. & si quis. §. hac actio.6. D. de rel. & sumpt. fun.* Item actio sepulchri violati *l. 3. in prin. & l. pen. D. de sepul. viol.* Item actio injuriarum *l.11. non solum. §.1. D. de injur. &c.* Item actio de effusis & dejectis. *l.5.§.hæc a. actio.D.de his qui effud.vel deiec.* Item actio in factum contra judicem, qui per imprudentiam malè judicavit, *de qua sup.d.tit.5.* Item actio præscriptis verbis, de precario. *l.2.D.de precar.* quæ tamen actiones omnes sunt stricti juris. Interdum tamen contractus & actiones bonæ fidei dicuntur etiam ex bona fide descendere *l.57.domum.§.ult.D.de contr.empt l.un.§.sed et si. C. de rei uxor.act Paul.lib.2.sent.tit.17.* sed ex æquo & bono ortam esse actionem cum dicimus, causam efficientem significamus: sicut finem & exitum, nec non potestatem judicis in actione, cum dicimus actionem esse bonæ fidei. Porrò actionem bonæ fidei definire possumus eam, in qua libera potestas est judici æstimandi inter litigatores, quid quantumvé alterum alteri ex bona fide sive ex bono & æquo præstare oporteat, *arg.in bona.inf.h.t.l.2.& l.5.D,de oblig.& act.*

Quæ

Quæ libera potestas æstimandi pro officio boni viri etiam dicitur arbitrium. *l.* ... *D. de legat.* 2. Et Guntherus eleganter opponit strictum jus legumq; rigorem arbitrio sapientum virorum. *lib.* 9. Et inde passim in jure hæ actiones dicuntur arbitria: & Judex in his dicitur Arbiter, *ut hic annotat D. Donellus num.* 8. *& ego sup ad §. quædam. h. t. Et apud Cic.* 3. *off. & pro Roscio Comœdo.* Quidam inde dictas ita esse has actiones voluerunt, quia in ipsarum formula prætor addere solebat, Ex bona fide, sed formulæ tanta vis non esset ut actionem faceret bonæ fidei, nisi in re ipsa ejusque natura hoc inesset, ut rectè hic admonet Donellus. Cur autem eæ, quæ hic enumerantur, & non aliæ sint bonæ fidei, causam videbimus. Propositum autem fuit Imp. omnes hic enumerare actiones, quæ sunt bonæ fidei, ut intelligeremus, quæcunque hic actio non refertur eam non esse bonæ fidei, sed vel stricti juris vel arbitrariam. Sed hoc admonendum primò, non tantum directas actiones, sed etiam contrarias hic intelligendas esse, v. g. cum actio mandati nominatur, & directam accipere debemus & contrariam, quarum illa datur ei, qui mandavit, hæc illi cui mandatum est, sive mandatario. Eodem modo in actione negotiorum gestorum, depositi, tutelæ, pignoratitia, commodati. 2. Etiam utiles actiones hic intelligendæ veniunt, cum simpliciter actiones nominantur, v. g. sub tutelæ actione etiam utilis tutelæ sive pro tutelæ actio comprehenditur: sub actione negotiorum gestorum non modò directa, sed etiã utilis *l.* 3. *C de transact. juncta l.* 17. *Curatoris. C. de negot. gest.* sub petitione hæreditatis non modò civilis & directa, sed etiam bonorum possessoria & fideicommissaria hæreditatis petitio. *l. ult. D. de bon. poss. hæred. pet. l.* 1. *&* 2. *D. de fideicomm. hæred. pet.* His breviter præmunitis videamus nunc singulatim eas actiones quas Imp. hic enumerat, ea q; bonæ fidei esse etiam JCtorum & Imperatorum testimoniis hinc inde collectis probemus.

Prima igitur est actio ex empto, & secunda actio ex vendito, de quibus idem dicitur *in l. si res.* 1. *§.* 1. *venditor. l.* 6. *tenetur. §. ult. l.* 11. *ex empto. §.* 1. *& ult. & l.* 50. *bona fides. D. de act. empti. l.* 57 *domum. §. ult. D. de contr. empt. l.* 5. *C. de resc. vend. & l.* 84. *hujusmodi. §. qui servum* 5. *D. de legat.* 1. Tertia est actio ex locato: & Quarta ex conducto, q̃ probatur etiã *l.* 24. *si in lege. in pr. & l.* 54. *quæro. D. Loc. l.* 2. *& l.* 17. *C. eod.* Quæritur de redhibitoria actione, item de æstimatoria sive quanti minoris, & Placentin. *lib.* 2. *de act. tit.* 23. *in fi. existimat*, illam esse arbitrariam, hanc verò bonæ fidei. De actione Emphyteuticaria vide Conan. *lib.* 7. *c.* 12. *numer.* 1. quem laudat Donellus *num.* 39. *hic.* Quinta est actio negotiorum gestorum. *l.* 6. *§. ult. & l. seq. D. de neg. gest. l.* 13. *in bonæ fidei. C. de usur. l.* 18. *ob. negotium. C. de neg. gest.* Sexta est actio mandati. *l.* 10. *§. si procurator l.* 29. *§. pen. l.* 54. *cum servus. l.* 59. *§.* 1. *D. Mand.* Septima est actio depositi. *l.* 1. *l.* 24. *Lucius. l.* 28. *& l. seq. §.* 1. *D. depositi. l.* 2. *C eod.* Octava est actio pro socio. *l.* 3. *§. ult. l.* 52. *cum duob. §.* 1. *D pro socio. l.* 3. *C. eod.* Nona est actio tutelæ. *l.* 1. *§.* 2. *sed etsi. D. de tut. & rat. distr. l.* 34. *usuræ. D. de usur.* Decima est commodati actio. *l.* 3. *§.* 2. *in hac actione. D. commod.* Undecima est actio pignoratitia. *l.* 7 *si autem. D. de pig. act.* Duodecima est actio familiæ erciscundæ. Decima tertia actio communi dividundo. Quod de utraque conjunctim probatur *l.* 3. *C com. utr. judic.* de priore vero seorsim *in l.* 9. *non est ambiguum.*

gum.C.fam ercisc. De posteriore *in l.14.§.1.D.commu.divid.* Decima quarta est actio præscriptis verbis æstimatoria. *l.1. D.de æstimatoria.* Hæc autem actio est quæ datur ei, qui rem suam certo pretio æstimatam alteri dedit vendendam, hac lege, ut si pluris illam vendiderit, superfluum sibi mercedis loco retineat. Quod negotium simile est locationi & conductioni, sed tamen à locatione separatum, quia hîc nulla certa merces est, quæ in locatione requiritur. *pr. tit. sup. de loc. & cond.* Non igitur hîc datur actio locati, sed actio præscr. verbis, quæ cum adjectione dicitur æstimatoria sive de æstimato, *ut in tit. D. de æstimat.* Sed hîc observandum est, esse & aliam actionem æstimatoriam, quæ ab hac nostra longè diversa est. Sic enim interdum appellatur actio Ædilitia, Quanto minoris. *l.43. §.aliquando.D.de ædil.ed.* Decima quinta est actio præscriptis verbis ex permutatione *l. 2. C. de rer.permut.* Ut autem præcedens negotium simile erat locationi, ita permutatio emptioni. *§.item pretium.sup.de empt.* Quia vero duæ tantum actiones præscriptis verbis hîc numerantur inter actiones bonæ fidei, ex eo colligimus cæteras omnes esse stricti juris: quod & jam olim monuit Placentinus *lib.2.de act.tit.16.& 26.Cujac.hic in Notis ait*, addi potuisse actionem præscriptis verbis, quæ deprecariò datur, quæ ex bona fide oriri dicitur. *l.2. D.de precar.* nisi interdictum hîc magis frequentaretur. Sed jam sup. admonuimus, non statim bonæ fidei esse actionem, quæ ex bona fide oritur, vel ex æquo & bono. Et de precarij actione, cur ea non sit bonæ fidei, cum tamen commodati actio, cui precarium valdè simile est, bonæ fidei sit, explicat eruditè Donellus *hic num.40.* Decima sexta est hæreditatis petitio. *l.ult. C. de petit. hæred.* Significat autem hîc Imp. olim inter JCtos controversiam de ea fuisse, essetné bonæ fidei, an stricti juris: se a. jussisse, ut inter b. fidei actiones deinceps numeraretur. Ratio dubitandi erat, quia omnes bonæ fidei actiones animadvertere licet esse in personam: nullas in rem. At petitio hæreditatis est in rem. *l.25. sed etsi.§.18.petitio.D.de pet.hæred.*

Ratio tamen decid.& novi juris est *in d.l.ult.C.de petit.hæred.* Quia mixta est hæc actio *l.7.C.d.t.* & monui supra *ad §. quædam.h.t.* Donellus R. Dub. hanc affert *num.* 44. Quia petitio hæreditatis nullum habeat negotium mutuum: quod in omnibus bonæ fidei actionibus reperitur, nam qui pro hærede vel pro possessore hæreditatem possidet (contra hunc enim exerceri potest hæreditatis petitio *l.7.C.d.t.*) non alteri negotium gerit, ut eum sibi obliget, sed sibiipsi. Rationem decidendi postea addit ferè triplicem 1. Quia magna res in petitione hæreditatis versetur. 2. Quia universitas rerum, quæ in hæreditate continentur hoc fecerit, ut administratio fidelis & diligens possessoribus permitteretur. 3. Quia res hîc non multum absit à negotiorum gestione. Est igitur hæreditatis petitio hodie bonæ fidei, sed actio ex testamento est stricti juris. *l.6. D. de in tit. jur.* quæ tamen in eo imitatur actiones b. fidei, quòd in legatis & fideicommissis veniant fructus & usuræ ex mora. *l.3.& l.34. D. de usur. l. 3. C.in quib. caus. in integr.restit.l.87.§.1.D.de leg.2.l.1. & 2. ac toto tit. C. de usur. & fruct. leg.* Ratio est favor ultimarum voluntatum, quas publicè interest quàm citissimè exitum habere. *l.5.D.Testam.quem.aper.& l.1. C. de sacros.Eccles.* Decima & septima

ptima est Actio rei uxoriæ, cujus in locum hodie substituta est actio ex stipulatu pro dote. *l. unica. C. de rei uxor. act.* De qua dicemus infra *ad §. fuerat. h. t.* Si igitur in hoc catalogo sex istas actiones bis numeres, semel scilicet pro directa, & iterum pro contraria, videlicet Actionem negotiorum gestorum, Mandati, Depositi, Tutelæ, Commodati & pignoratitiam, erunt in summa XXIII. actiones bonæ fidei. Sed meminisse debemus etiam actionem Emphyteuticariam esse bonæ fidei teste Conano *lib. 7. cap. 12. num. 3.*

Deinde addenda est etiam actio quanti minoris sive Æstimatoria, quæ est actio ædilitia ex empto. Hanc enim etiam esse bonæ fidei existimat Placentinus *lib. 2. de action. tit. 23.* Sicut Redhibitoriam putat esse arbitrariam ibidem. Extra hunc Catalogum (in quo olim etiam erat actio de fiducia, cujus meminit *Cic. 3. offic.* quæ hodie in desuetudinem abiit) Extra hunc inquam Catalogum quæcunque reperiuntur actiones, eas certò statuemus, esse non bonæ fidei, sed stricti juris vel arbitrarias. Nam quòd quidam addendam censent actionem finium regundorum, non rectè faciunt, & refelluntur à Donello *num 41. hîc* ea ratione, quia non versetur hîc negotium mutuum. Is enim qui ultra fines ac terminos constitutos aliquid occupat, sibi negotium gerit soli, non etiam vicino. Sed quid causæ esse dicemus, cur quorundam duntaxat & non omnium contractuũ ea sit vis, ut bonæ fidei actiones producant. Quidam rationem petunt ex *d. lib. 3. officiorum.* Quia scilicet illi contractus, quos enumeravimus tales sunt, ut vitæ societas illis contineatur. Sed ea ratio non videtur esse sufficiens. Nam & mutuũ & stipulatio, & precariũ & donatio non minus pertinent ad vitæ societatem mutua rerum officiorumque commutatione continendam, neque tamen ex his fit actio bonæ fidei, quod de cæteris jam supra probavi. Et de donatione dicitur *in l. eum qui 22. D. de donat.* Magis igitur placet ratio ab Hotomanno reddita, quam & Donellus probat & explicat *hic num. 43.* Quia scilicet in omnibus supra dictis contractibus reperitur συνάλλαγμα sive mutuum negotium, ex quo ultrò citroque obligatio nascitur. Cum igitur hîc alter alteri obligetur, è re utriusque est, ut bona fides ex utrinsque parte in illo negotio dominetur, neque tàm spectetur quid lingua nuncupatum sit quàm quid æqui bonique ratio postulet. Deinde quia hoc est votum utriusque contrahentium, quòd unusquisque cupit alterum secum agere ex bona fide sine fuco & fallacia, sine fraude, sine dolo malo, sine frustratione, cumque unusquisque ab altero id expectet, æquum est, ut idem quoque ipse præstet alteri *arg. t. D. quod quisque juris.* In hoc enim ferè consistit summa justitiæ, ut non facias alteri quicquid ipse ab altero pati nolis, ut eleganter ait Lactantius *lib. 6. cap. 23.* Ita g. res habet in bonæ fidei contractibus, ubi uterque utrique obligatur. At in contractibus stricti juris, ut in mutuo, in stipulatione, in donatione (quanquam vera donatio non est propriè contractus *l. 18. D. de donat.*) ubi unus tantum obligat & alter solus obligatur, non tantopere favent jura illi qui obligat & proinde nihil omninò ipsi concedunt præter id, quod nominatim lingua nuncupatum sit, ut qui satis spatij habuerit ad cautionem & formulam obligationis suo arbitrio concipiendam. Cum ergo aliquid omiserit quod ex re sua erat, sibi hoc imputare debet.

Proinde

Proinde Judicis quoque potestas in his stricti juris actionibus non est ita laxa & libera, sed adstricta ad id, quod dictum & expressum est. Nunc prius quam differentias aliquot colligamus insigniores inter actiones bonæ fidei & stricti juris, quibus natura utriusque generis fiat planior, notanda est subdivisio quædam judiciorum bonæ fidei proposita *in l. 38. D. pro soc.* (Usus hujus divisionis est, quod generalibus judiciis plus quàm semel agi non potest, quod de act. fam. ercisc. dicitur *in l. 20. §. 4. D. fam. ercisc.*) Quædam enim sunt generalia, quædam specialia. Generalia sunt, ut pro Socio, Negotiorum gestorum, Tutela, Petitio hæreditatis, querela inofficiosi, Familiæ erciscundæ. Specialia vero sunt, ut Mandati, commodati, depositi, empti venditi, locati conducti, &c. Differentiæ igitur inter actiones bonæ fidei & stricti juris, hæ decem sunt præcipuæ.

I. In illis major est potestas Judicis quàm in his. Nam in strictis Judex adstrictus est ad formulam & non potest pluris condemnare reum actori quàm petitum sit. In b. f. verò judex æquitatem potius quam actoris petitionem sequetur: & interdum pluris, interdum minoris condemnabit reum ut si actor petat sortem tantum, potest judex etiam in usuras reum ipsi condemnare. Et contrà, si actor petat C. v. g. ex empto, & ipse quoque vicissim debeat reo XX. judex tantum in XXC. condemnabit reum, &c.

II. In judicis bonæ fidei compensatio fiebat ipso jure: in strictis non item. Sed de hac differentia, quæ hodie sublata est, dicemus infra *ad §. In bonæ fidei.*

III. In actionibus bonæ fidei habetur etiam affectus ratio: In strictis non item. *l. 54. cum servus. D. Mand.*

Unde sequitur IV. differentia, quòd in actionibus bonæ fidei juratur in litem: in stricti juris non juratur. *l. 4. videamus. §. jurare. & l. seq. D. de in lit. jur.*

V. In bonæ fidei judiciis insunt exceptiones pacti, item doli. In strictis non insunt. *l. 3 D. de resc. vend. l. 38. & l. ult. D. de hæred. pet. l. 21. D solut. matrim. l. 84. § qui servum. D. de leg. 1.* Exceptio pacti vel doli inest bonæ fidei actionibus, id est, etiamsi lis expressè de ea non fuerit contestata, tamen judex eam attendere ejusque rationem habere debet, quandocunque ante sententiam à reo fuerit allegata. Hoc enim suadet bona fides, ne condemnetur is, qui fortè exceptionem aliquam habet, vel pacti de non petendo, vel doli: Et qui judicem dedit hac adjecta formula, ut judicaret ex bona fide, is simul hanc potestatem ei dedit, ut talium exceptionum rationem haberet. Alioqui enim non posset potestas Judicis excedere ultra id quod in judicium deductum est. *l. ut fundus. 18. D. commun. divid.*

VI. In bonæ fidei judiciis veniunt & præstanda sunt ea, quæ sunt moris consuetudinis, etiamsi nihil de his expresse & nominatim conventum sit. *l. quod si nolit. 31. § quia assiduo. D. de ædil. edicto.* Aliud est in stricti juris judiciis.

VII. In bonæ fidei judiciis debentur usuræ ex pacto & ex mora. *l. 5. C de pact. inter empt. & vend. l. 2. C. depos. l. 18. §. sumptuum. D. fam. ercisc. l. mora 32. §. in bonæ. & l. 34. l. 38. §. pen. D. de usur. l. quæro 54. D. loc. l. 27. D. de donat.* Ex his duabus

inquam causis ex pacto & mora usuræ debentur in actionibus bonæ fidei. In strictis judiciis usuræ citra stipulationis vinculum non debentur. *l. 3. C. de usur.* Sed tamen usuræ non sunt in obligatione, sive non proficiscuntur ex obligatione, sed officio judicis præstantur & applicantur. *l. qui per collusionem 49. §. 1. D. de act. empti.* Sed hoc officium judicis quod ad usuras tantundem valet in bonæ fidei judiciis, quantum stipulatio, id est, perinde habetur ac si usuræ essent in obligatione. *l. 7. D. de neg. gest. l. Lucius 24. D depos. d. l. quæro.* Putant quidam secuti Martinum, in strictis judiciis saltem post litem cõtestatam usuras deberi ex malè accepta *l. 35. D. de usur.* Sed hoc mihi non probatur, Et verior videtur altera sententia, usuras non deberi hìc ne quidem post litis contestationem *arg. l. 1. C. de cond. indeb. Videte Donell. hic num. 31. & in tract. de usur. cap. 3. Borcholt. de usur. cap. 3. num. 50. & s. seqq. Rogerium in libello de sententiis antinomicis.*

VIII. Bonæ fidei contractus, cui causam dedit dolus, ipso jure nullus est nec actionem parit *l. 1. C. de resc. vend. l. 3. §. ult. D. pro socio. l. 7. §. non solum. D. de dolo mal. & ibi Cujac.* Aliud est in contractibus stricti juris, v. g. In stipulatione dolo facta, ex qua actio quidem nascitur, sed ad eam infirmandam opus est exceptione doli. *l. 5. C. de inut. stip. l. si quis. 36. D. de V. O. & ibi Cujacius.*

IX. Actiones bonæ fidei omnes sunt in personam excepta petitione hæreditatis, quæ est mixta, ut sup. dict. Actiones vero stricti juris sunt & in personam & in rem.

X. Actionibus stricti juris semper certum aliquid petitur, sed bonæ fidei actiones ferè sunt incertæ, quod vel ex formula illarum liquet: Quantum ex bona fide dare facere oportet. Idque olim magni erat judicij & prudentiæ definire, cum de multis judicia contraria essent, id est, dissentientes judicum opiniones teste Cicerone *3. de offic.* Nondum enim ullo certo jure vel JCtorum interpretatione id comprehensum erat, quod bona fides in unoquoque contractu exigeret. Hodie res ista omnis est facilior & certior, posteaquam hæc notata & tradita sunt à JCtis. Plures differentiæ aliunde petantur. Quod autem Hotomannus in eo quoque putat differre has actiones, Quod in illis quæ sunt bonæ fidei, versetur quæstio juris: In strictis verò & facti & juris: Id tacito ejus nomine reprehendit *hic Donellus num. 30.* Aliæ differentiæ aliunde petantur.

Ad §. Fuerat antea.

Ex iis, quæ dicta sunt intelligere licuit, actionem ex stipulatu esse stricti juris, quia scilicet hic non enumeratur inter actiones bonæ fidei. Idque dicitur expresè *in l. 5. §. ult. & l. 6. D. de in lit. jur.* Exceptionem hic addit Imp. uno videlicet casu, cum de dote interposita est vel intervenisse fingitur stipulatio, eam esse bonæ fidei. Subrogata enim est & substituta actio ex stipulatu in locum veteris & abrogatæ actionis Rei uxoriæ, quæ cum fuerit bonæ fidei, meritò etiam ea erit ejusdem naturæ, quæ in ipsius locum suffecta est. Res uxoria aliàs idem significat quod matrimoniũ, ut apud Gellium *lib. 1. cap. 6.* Molestiæ incõmodaq; perpetua rei uxoriæ, id est, conjugij, sed hìc significat dotẽ, ut ita actio

rei

rei uxoriæ nihil aliud fuerit quàm actio de dote *t. t. C. de rei uxori act.* Nam ita jus est ut quàm diu constat matrimonium tàmdiu dos debeat esse penes maritum, qui ex ea fructus percipiat propter onera matrimonij. *l. 7. D. de jur dot. & l. 20. C. eod.* Matrimonio soluto, quod fit vel morte vel divortio, dotem repetit mulier, vel ejus pater, vel alius, qui dotem pro muliere dedit, eamque sibi reddi stipulatus est. His inquam restituenda est dos à marito ejusve hæredibus, de qua agitur *tot. tit. D. soluto matrim.* Et quidem olim dos repetebatur actione rei uxoriæ: hodie vero actione ex stipulatu, in quam Imp. veterem illam actionem transtulit, quia scilicet hanc ex stipulatu invenerit illa pleniorem, quod quomodo intelligendum sit explicatur *in d. l. unica. C. de rei uxor. act.*

Dixi, Regulariter dotem repeti soluto matrimonio, non antè. Si tamen maritus vergat ad inopiam & facultatibus labatur, ut periculum sit ne dos sua mulieri pereat, poterit mulier etiam constante matrimonio dotem repetere, de quo videte *l. si constante. 24. D. sol. matr. l. si prædium & l. ubi 29. C. de jure dot. c. per vestras. ext. de don. inter vir. & ux. Geil. lib. 2. obs. cap. 83. & 2. seqq.* Porrò actioni de dote Imperator hoc privilegium dedit, ut tacitam hypothecam habeat in bonis mariti, cujus vi mulier præferatur omnibus creditoribus mariti, etiamsi illi sint anteriores, *ut hîc & l. in rebus. 30. C. de jur. dot. d. l. un. §. 1. C. de rei ux. act. l. ult. C. qui pot. in pign. hab.*

Sed hîc quæstio est, de qua non idem omnes sentiunt, An videlicet mulier in hac tacita hypotheca, quam in bonis mariti habet pro dote sua præferatur creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus & antiquiorem, An verò illis tantum, qui habent tacitam anteriorem? Martinus eumque secuti voluerunt, mulierem etiam expressam habentibus præferri, quod probat etiam *Mynf. hîc & cent. 4. obs. 13. Balduin. de pignorib.* Sed altera sententia æquior videtur Donello *hîc & ad d. l. ult. quæ est etiam sentent. Azonis.* Sed si mulier hoc privilegio gaudere vult, oportet ut dos revera illata & numerata sit. Nam si tantum cauta & promissa, nec tamen numerata sit *(de qua est tit. C. de dot. caut. non num.)* etiamsi maritus confessus fuerit, se dotem accepisse: tamen hoc creditorib. mariti non nocet. *gl. in d. l ult. Mynf. cent. 1. obs. 61. & d. obs. 13. Geil. lib. 2. obs. cap. 81.* An autem uxor habeat etiam hypothecam tacitam nomine alimentorum (quæ Dd. ferè doti exæquare solent) item pro donatione propter nuptias, item pro paraphernalibus bonis, *vid. Mynf. cent. 1. obs. 64. Wes. in parat. D. In quib. caus. pig. tac. contr. nu. 4.* Ubi etiam de eo agit, An sponsa in bonis sponsi hoc privilegium habeat. *Constit. Elect. Aug. part. 2. const. 24.* Item an non tantum in bonis allodialib. sed etiam in bonis feudalibus hæc hypotheca locum habeat. *const. El. part. 2. const. 25. Geil. d. obs. 83. nu 4.*

Ait Imp. Tum demum præferri mulierem in sua hypotheca alijs creditoribus, si ipsa agat de dote sua. Hoc enim privilegium in ipsius solius fauorem esse inductum. Hæredib. igitur mulieris extraneis non datur hoc beneficium, cum sit personale *arg. l. privilegia. D. de R. I.* Liberi tamen prioris matrimonij, si in actione dotis concurrant cum sua noverca, ipsi præferuntur eodem jure, quo eorum mater omnibus alijs præferatur. *d. l. ult. vers. Exceptis.* Et in summa, Quoties

ties unius viri duæ uxores vel altera cum alterius liberis, vel unius liberi cum alterius liberis concurrant, semper prior uxor ejusve liberi potiores habentur. *Auth si quid ex rebus. C. qui pot. in pig. hab.* Non tantum autem si uxor ejusve pater vel avus dotem repetant, hoc jus tacitæ hypothecæ habent in bonis mariti, sed etiam maritus dum agit pro dote præstanda vel de ejus evictione, obligata sibi tacitè habet bona ejus qui dotem promisit vel dedit. Nam huic actioni ex utroque latere hypotheca data est. *d.l.un.§.1 C.de rei uxor. act* (quem textum Oldendorp. non rectè accepit, q. maritus pro donatione propter nuptias habeat hypothecam in bonis uxoris.

Postremò hîc observandum ut singulare cum dos datur vel promittitur, semper intelligi tacitè intervenisse stipulationem, etiamsi ea non fuerit interposita, vel inutiliter fuerit interposita, ut est *in pr.d.l.unica.C.de rei uxor.act.* V.G. Si mulier, ejusve pater vel avus dotem dat, etiamsi de ea matrimonio quandoque soluto sibi reddenda stipulati non sint: tamen perinde haberi debet ac si reipsa stipulati essent. Aliud est juris, si extraneus, id est, quivis alius præter patrem vel avum vel proavum vel cæteros pro muliere dotem dederit. Nã si hîc expresse non sibi stipuletur dotem reddi, stipulationem non intelligimus tacitè intervenisse pro ipso, sed pro muliere. Censetur enim hîc potius donâsse dotem mulieri, quàm sibi aliquid juris in ea reservâsse. *d. l. un. §. 13. accedit. C. de rei ux. act.* Alia vero privilegia dotis videte apud *Mynf. cent. 3.obs.3. & apud Dd. in l. 1. D. soluto matrim.*

Ad §. In bonæ fidei.

Quod de potestate Judicis in actionibus bonæ fidei dicit hîc Imp jam supr. exposui. Porrò ejus potestatis pars una est, admittere compensationem, si appareat actorem reo vice mutua aliquid debere. Id ergo hîc explicandum superest. Compensationem Modestinus *in l. 1. D. de compens.* definit, debiti & crediti inter se contributionem, Cujacius mutuæ petitionis objectionem *ex l. 1. C. rer. amot. 9.obs.37.* Theoph. vertit ἀντίλογος. V.G. Debèbam tibi M. Tu mihi vicissim D. Hîc si debitum & creditum inter se contribuatur & rationes subducantur, apparet me tantum D. tibi debere. Nec interest an ex obligatione civili & efficaci ad agendum, an tantum ex naturali debeatur, nam id quoque quod natura debetur venit in compensationem, *l.6.D. de compens.* Item Nihil refert An ex contractu, an verò ex delicto debeatur. *l.10.§.quoties.D.d.t.* Si ergo soluam tibi integraM habebo condictionem, per quam repetam quod solui quasi indebitum. *d.l.10.§.1.D de compens.* Sed quia interest mea potius non soluere quàm solutum mox repetere, cum fieri possit ut per inopiam tuam vel alia de causa inanis fiat mea actio, ideo compensatio introducta est. *l. 3. D. d.t.* Et hæc est æquitas compensationis quæ dicitur à Papiniano *in l.36. D.de adm.tut. & in l.18. D. de compens.* Item ab *Alexandro in l.5. & 6.C eod. & in l.1.C.rer.amot.* Non autem in omnib. actionib. eodem modo hæc compensatio fiebat. Nam in bonæ fidei judicijs cõpensatio fiebat ipso jure, ut quæ ipsis inesset etiamsi initio litis à reo nulla ejus mentio facta esset. In stricti autem juris judicijs ut cõpensationi locus esset, opus

opus erat exceptione doli mali, idq; ex rescripto D. Marci, ut hîc dicitur. Qui locus tanquam singularis in jure nostro observandus est, cum nusquam alibi hujus rescripti mentio fiat. Exceptio illa erat hujusmodi, Dolo facis qui à me petis quod mox redditurus es secundum. *l.173.§.ult.D.de R.I.* Hanc differentiam tandem sustulit Justinianus *in l.ult. C.de compens.* Ubi constituit, ut in omnibus actionibus tàm strictis quàm bonæ fidei, tàm in rem quàm in personam compensationes fiant ipso jure, actionesque sive id quod per actiones tanquam debitum petitur minuant, atque efficiant ut non solidum quis consequatur, quod ipsi debetur, sed minus etiamsi lis de ijs non fuerit contestata, sed postea quandocunque debitum mutuum ante sententiam à reo fuerit allegatum. Videtur tamen Imp. id sibi jus adscribere quod jam diu ante ipsum fuit receptum, cum & Paulus *in l.21.D.de compens.* & *Alex.l.4.C.eod.* scribant, jam tum sua ætate placuisse inter omnes, ut ejus quod debetur compensatio fiat ipso jure & pro soluto habeatur. Nisi fortè Tribonianus ibi quoque, ut solet, illorum scripta mutaverit. Huc pertinet. *§. pen. infr.h.t.* Addit autem Imp. limitationem, ut compensationi tum demum locus sit, si jure aperto nitatur & causa sit liquida & evidens. Nam si obscura sit & altiorem indaginem requirat, reus omninò condemnandus est, & si quid ipsi vice mutua debeatur, id alio judicio cum actore instituto persequi potest, *ut hîc & d.l.ult.C.de compensat.*

Excipitur sola actio depositi, in qua nulla admittitur compensatio, sed res depositæ prima fronte & celerimè sine ullo obstaculo restituendæ sunt, *ut hîc & l. pen.C de pos. d.l.ult.C.de compens.* Quod jus ipsum quoque ante Justin. obtinuisse argumento est hæc Pauli sententia *lib.2.tit.12.* In causa depositi, inquit, compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est. Ratio exceptionis est hîc in textu, Quia iniquum esset rebus depositis aliquem defraudari prætextu compensationis, atque ita contractum, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahi, ut ait *d.l.pen. & Pontifex in c.ult.ext. de depos.* Putat Cujac. *in Notis ad Paulum d. loco & lib.9.obs.c.37.* huc referendam esse etiam *l.ult.C.comm.* Ubi Tribonianus malè legerit commodati, cum legendum fuerit commendati, ac debere eam poni *sub tit. Depos.* Cum commendare nihil aliud sit quàm deponere, ut ait *l.186. D de V.S.& l.24.D depos.* Sed præceptores mei D.Donellus & Giphanius retinendam censent vulgarem lectionem, & aliter interpretantur. *d.l. ult.* Plura de compensat: vid. apud Zasium hîc, qui etiam aliquot alios casus annotat, quibus locum habet compensatio. *Vid. & Cujac. lib.15. obs. cap.1.*

Est etiam hîc gravis quæstio, An quantitas, id est, pecunia numerata vel aliæ res, in quib. consistit mutuum, possint etiam cum specie vel corpore certo, vel species cum quantitate, vel species cum specie compensari possit, an vero tantum quantitas cum quantitate, de qua videte Zasium & Donell.

Ad §. Præterea quasdam.

Tertium propositæ divisionis membrum hîc explicatur, Actiones scil. arbitrariæ, de quib. hæc tria ferè traduntur. 1. Definitio harum. 2. Divisiones & species atque exempla earundem. 3. Quid sit harum actionum proprium.

Arbi-

Arbitrariæ igitur actiones sunt quæ ex arbitrio judicis pendent. Sed hæc definitio nominis potius quàm rei esse videtur. Nondum. n. ex ea intelligitur natura harum actionum: cum tamen hæc virtus sit bonæ definitionis: Naturam rei involutam explicare. Itaque sic habendum, Aliæ actiones pendent ex petitione actoris, quam sequitur judex in sententia vel condemnatoria vel absolutoria. Sed istud genus actionum pendet ex arbitrio judicis: non quasi liberum sit judici vel sententiam, qua controversia dirimatur ferre, vel non ferre. Hoc enim est officium judicis in omnibus actionibus pronunciare & sententiam ferre. *l.74.D.de judic.* Non etiam quasi liberum sit judici sententiam ferre qualem ipse velit. Cogitur enim judex pronunciare secundum ll. & formam juris communis, *in pr. tit. infr. de offic. jud.* Sed pendere ex arbitrio Judicis est ex præcepto & jussu ejus ante sententiam interposito pendere, cui si postea pareat reus absoluatur, sin non pareat, condemnetur, quanti actor in litem juraverit. In alijs actionibus statim postquam actor intentionem suam contra reum probaverit, vel reus exceptionem suam, sententia sequitur.

Sed in his actionibus. 2. sunt: 1. arbitrium sive jussus & interlocutio Judicis, & 2. sententia. Est enim hîc illud singulare, quòd Judex præter officium suum proprium, quod in sententia definitiva positum est, per quam lis dirimatur. *d.l.quod jußit.* etiam arbitri personam prius induit: & q. compositionem amicabilem tentat inter partes: Nam quod ad actorem, diligenter ante sententiam perpendit, quomodo ipsi ex æquo & bono satisfieri oporteat secundum cujusque rei & actionis naturam. *vers. in his enim infr. h. §.* Quod ad reum, non ante ipsum condemnat quàm de ejus contumacia & dolo constiterit. Apparet autem dolus & contumacia, si jussui judicis ante sententiam interposito non paruerit. Dices, hinc futurum, ut etiam bonæ fidei actiones sint arbitrariæ, cum in his quoq; æstimatio rei libero judicis arbitrio ex æquo & bono permittatur. Unde etiam arbitria dicuntur, & judex in illis arbiter appellatur, *ut supra. d. §.* Habent quidé actiones arbitrarię aliquid commune cum actionibus bonæ fidei, quale est, quod Judex utrobique ex æquo & bono æstimare debet, quomodo actori satisfiat. Sed hoc proprium est actionum arbitrariarum, quod sententia judicis in his pendet ex præcedente arbitrio sive jussu ejus. Quod secus est in bonæ fidei actionibus: Ubi sententia statim sequitur, qualis decidatur, & qua lata judex utpote suis partibus jam perfunctus desinat esse judex, nec amplius judicare aut sententiam suam retractare possit. *d.l.14.& l.42 l.45.& l.55 l.62.D. de re jud.* Sicut neque arbiter sententiam suam mutare potest *l.19 D.de recep.arb.* Sed arbitrium illud, quod diximus, causam & controversiam non decidit, ideoque sententia definitiva non est, quamvis generaliter loquendo sententia dici possit, ut quælibet interlocutio Judicis quæ est de præparatione causæ *d.l.19.* Non tamen hæc ita intelligenda sunt, quasi vel in arbitrarijs actionibus semper arbitrium interponi necesse sit, vel nunquam in bonæ fidei judicijs arbitrium aut jussus interponi possit: nam utrumque contrà est. Et in arbitrarijs inquam judex potest interdum propter circumstantias omittere jussum suum, & rectà ac statim ad sententiam procedere, ut in alijs actionibus teste Duareno *ad l. 5. D. de in lit.*

in lit. jur. Et in bonæ fidei judicijs arbitrium interponere poteſt, non tamen ita, ut ex illo arbitrio ipſius ſententia pendeat, ſed ex natura ipſius actionis, quæ eſt bonæ fidei. Vide *Donellum hic.* Ex his quæ dixi, duo intelligi poſſunt. 1. Definitio actionum arbitrariarum. 2. Quid eæ habeant proprium & qua in re differant à bonæ fidei actionibus. Sequitur earundem diviſio. Et primum ait Imp. arbitrarias actiones eſſe vel de reſtituendo, vel de exhibendo, vel de ſoluendo: vel denique de ſervo noxæ dedendo. Quamvis actio noxalis ſemper ſit in aliquo trium ſuperiorum generum. Secundò ait, Actiones arbitrarias eſſe partim in rem, partim in perſonam, quaſi diceret, Aliud eſt in actionibus bonæ fidei, quæ omnes ſunt in perſonam, excepta ſola hæreditatis petitione, quæ eſt mixta, ut ſupr. d. Actiones arbitrariæ in rem tres hîc afferuntur: in perſonam quatuor, ut ita in univerſum ſint. VII. Publiciana, Serviana, quaſi ſerviana ſeu hypothecaria: actio quod metus cauſa, actio de dolo, actio de eo quod certo loco: Actio ad exhibendum: non quòd non ſint plures hujus generis actiones, ſed quòd ſatis viſum fuerit exempli loco iſta afferre. Eſſe autem plures ſatis indicat Imp. I. hac particula bis poſita VELUTI. II. his verbis Et cæteris ſimilibus. Addendæ igitur ſunt iſtæ: In rem quidem. 1. Rei vindicatio. *l. 35. & 68. D. de Rei vind.* 2. Actiones de ſervitutibus confeſſoria & negatoria. *l. 7. D. ſi ſer. vind.* 3. Pauliana. *l. 10. §. per hanc. D. quæ in fraudem cred.* In perſonam vero iſtæ. 1. Fabiana & Calviſiana *l. 5. §. 1. D. ſi quid in fraud. patr.* 2. Actio rerum amotarum. *l. 8. §. 1. D. rerum amot.* 3. Actio redhibitoria. *l. redhibitoria. D. de ædil. ed. de qua & ſupr. dixi ex Placentino.* Sed Duarenus hanc ex iſto Catologo reijcit *ad l. 5. D. de in lit. jur.* 4. Actio in factum contra publicanos. *l. 5. D. de publ. & vectig.* 5. Actio in factum ex edicto de alienatione judicij mutandi cauſa facta.

De noxalibus actionibus quæritur, ſintne omnes arbitrariæ, an quædam tantùm. Nam Duarenus eumque ſecutus Donellus hîc contendunt, Eas tantùm eſſe arbitrarias, quæ ſi directò cõtra dominum proponerentur, arbitrariæ eſſent, ut ſi ſervus metum intulerit, vel dolo aliquid ab altero extorſerit. Alij verò omnes putant eſſe arbitrarias: quorum ſententia probabilior videtur, cum Imp. hîc non diſtinguat, ſed in genere dicat: vel ex noxali cauſa. Accedit & ratio, quia non tantùm, ſi ex duobus iſtis delictis ſervi noxalis actio contra dominum proponatur, ſed ex omnibus alijs, ut furto, injuria, damno, vi & cæteris poteſt dominus litis æſtimationem effugere, ſi præcepto judicis pareat & ſervum noxæ dedat, de quo plura *infra proprio tit. & §. 1. tit. de offic. Iudic.* De actione finium regundorum quæritur, ſitne arbitraria. Accurſius id ait, eumque ſequitur etiam *Contius tab. 3. Inſtit.* Sed alij dubitant *propter l. 4. ſed & ſi quis D. fin. reg.*

Porrò ſuperiores actiones omnes ſuis quæque locis ſupr. expoſitæ ſunt: exceptis his duabus Actione de eo quod certo loco, Item Actione ad exhibendum.

De priore ſic breviter habendum. Si quis vel ex ſtipulatu, vel ex teſtamento aut alio negotio ſit obligatus ad ſolvendum certo loco, V. G Francofurti, Norimbergæ, Antuerpiæ, &c. Ubi fortè vel ipſi cõmodius eſt, vel actori ſive

creditori, non prohibetur tamen actor etiam alibi petere debitum. Sed ita tamẽ ut ratio habeatur ejus utilitatis ſive commoditatis, quam habiturus eſſet reus, ſi eo loco ubi promiſerat vel à teſtatore juſſus erat, conveniretur ac ſolueret. Nam cum ipſi ſemel jus quæſitum ſit, non poteſt id poſtea invito adimi, nec forma obligationis ſemel perfectæ mutari: quod eſſet iniquum adverſus reum. Quanquam etiam fieri poteſt, ut actoris interſit ſuo loco potius quàm eo quo petitur ſolutum eſſe, Ideo datur actori alio loco petenti actio arbitraria, in qua judex ex æquo & bono æſtimet quanti interſit alterutrius, ibi potius ubi promiſſum eſt, quam alibi ſolui, *de quo vid. infr. §. loco h. t. & l. 2. & toto tit. D. de eo quod cert. loc. & l. un C. ubi conu.* qui certo loc. dare prom. De actione ad exhibendum hoc ſciatur, ſæpè & multis ex cauſis noſtra intereſſe, ut res ab alio poſſeſſa nobis exhibeatur, id eſt, foras & in publicum producatur ſpectanda: vel quia noſtram eſſe dicimus & à poſſeſſore, eóve qui dolo fecit quo minus poſſideret per rei vindicationem avocare volumus, ut ita actio ad exhibendum ſit præparatoria rei vindicationis, in qua res certò deſignanda eſt, vel alias ob cauſas, puta, quia ſervus criminis reus poſtulatur, *ut in l. 2. C. ad exhib.* Multæ enim ſunt cauſæ ad exhibendum agendi, ut ait *l. 3. § 1. D. ad exhib.* Quòd ſi reus in hac actione ſit contumax, nec præcepto judicis pareat remque exhibeat, Judex deferre poteſt actori jusjurandum in litem. Et quanti is juraverit vel cum taxatione vel ſine ea, tanti reum condemnabit. *l. 3. §. 2. D. d. t. l. 4. C. eod.*

Ad verſ. Curare autem.

Hic verſ. ita cum ſuperioribus cohæret. Etſi (ut dictum eſt) interdum initio actor in libello ſuo incertam quantitatem petit, ut in actionibus bonæ fidei & arbitrarijs, tamen Judex, quo ad ejus fieri poteſt, operam dare debet, ut certam quantitatem in ſententia ſua exprimat. Incerta enim ſententia eſt inutilis, nec actio judicati ex ea naſcitur, V.G. Si ſic dicat judex: Solue quantum debes, vel ſi dicat quemadmodum Claudius Imp. de quodam negotio ex tabella pronuntiabat: Secundum eos ſe ſentire, qui vera propoſuiſſent: teſte Suetonio in Claudio.

Idem de ſententia arbitri dicitur *in l. 21. §. 3. Pomponius. D. de recep. arb.* Ita tamen ſententia proferri poteſt, ſolue quod vel quantum petitum eſt. *l. 59. D. de re jud.* Satis enim eſt, ſi vel ex libello, vel ex aliqua parte actorum conſtet certa aliqua quantitas, ad quam relatio fiat in ſententia. *l. pen. C. de ſent. quæ ſine certa quant. arg. l. 6. certum eſt. D. de reb. cred. Vid. & Cujac. in Parat. C. d. t.* Videtur ergo hic verſ. potius *ad tit. de offic. Iud. referendus* eſſe, qui tamen obiter hîc aſperſus eſt propter naturam earum actionum, de quibus huc uſque egimus. Doctores autem hinc regulam fabricarunt, quòd ſententia debeat eſſe conformis libello, Idque probant. *l. 18. ut fundus. D. commun divid. & l. ult. C. de fideicom. libert.* Unde & Clemens V. ait, Juxta petitionis formam pronuntiatio ſequi debet. *Clem. ſæpè. de verb. ſignif.* Sed hoc neque ex illis Legib. concluditur, neq; ab Imp. hîc dicitur: quin potius contrarium. Dicit n. Libello quidẽ peti poſſe incertã quantitatẽ; ſententiã vero continere debere certam & expreſſam quantitatẽ.

Ad

Ad §. *Si quis agens.*

Hic locus est de plus petitionibus, qui porrigitur usque ad §. sunt præterea. In eo hæc tria explicantur. 1. Jus vetus de plus petendo. 2. Quod modis plus petatur in vers. Plus autem. 3. Jus novum partim à Zenone, partim à Justiniano de his constitutum. Quæ priusquam explicemus, faciendum videtur ut breviter. I. de Ratione ordinis admoneamus. II. tùm de origine plus petitionum, & hujus juris usu. Cur autem hìc de plus petitionibus agatur, ratio hæc esse videtur, Quia paulò ante dictum est de compensationibus, quæ ipso jure efficiunt ut actor minus consequatur quàm petijt, Imò, ut actor qui totum petijt, nō habita ratione ej⁹, quod ipse vicissim debet, malè petat, ut dicitur *in l. 4. D. de compens.* Ideò Imp. ad hunc tractatū delabitur, ut sciat actor quantū petere debeat, ne malè petat, & in periculum illud plus petitionis, de quo mox dicitur, incurrat. Porrò de origine plus petitionum dicendum videtur, hoc jus ex morib. & usu fori ac judiciorum per JC. & prætores introductum esse, ut & aliæ actiones legitimę. *l. 2. §. deinde ex his LL. D. de orig. jur.* nec assentior illis, qui putant per legem quandam 12. tab. hoc jus esse constitutum. Decepti enim sunt vitiosa lectione apud Ciceronem 1. de Oratore, in quo delenda sunt illa verba tanquam spuria quàm quantum lex in 12. tab. permiserat. Causa cur introduceretur hoc jus, proculdubio est, ut coërceretur ac reprimeretur temeritas, importunitas & calumnia actoris, & lites, quantum omninò fieri posset, minuerentur. Unde etiam *in Cod. Herm. est tit. de Calumn. & plus petit.* Ut ita non incommodè hic locus etiam tractari potuerit *inf. sub tit. de pœn. tem. litig.* Sed an in omnib. actionibus tàm bonæ fidei & arbitrarijs quàm stricti juris periculum plus petitionis locum habeat, controversum est inter Interpp. Quidam enim putant in strictis tātùm id obtinuisse, quorum sententia probabilis videtur: Magis tamen est, ut etiam in bonorum fidei & arbitrarijs actionib. locum habuerit, ut apparet ex Paulo *lib. 2. sentent. tit. 5.* Quod igitur ad jus vetus attinet, id erat hujusmodi, ut actor qui plus petijsset, causa caderet & rem amitteret ac litem perderet. Paulus pro eod. ponit *lib. 1. sent. tit. 10.* Causa cadere & plus petere. Sic Cornific. 1. *Rhetor. ad Herennium*, Causa cadit is, qui non quemadmodum oportet egerit. Festus Pauli Diaconi flagitio truncatus verius quam Epitomatus: Lite, inquit, cecidisse dicitur, qui ejus rei, de qua agebat, causam amisit. Sueton. *in Claud. cap. 14.* vocat formula excidere, Et Seneca *lib. 6. Epist. 49.* Et hoc est periculum plus petendi, quod passim dicitur: ut apud Paul. *lib. 3. sent. tit. ult.* Et huc alluditur *in veteri Comædia Querulo in fin.* Si autem parasitus amplius quam præfinitum est postularit, plus petiti periculo stranguletur. Meminit hujus juris etiam Cic. *in partit. orat. & in Orator. lib. 1. & Plautus in Mostellar. act. 3. sc. 1.* ubi cum dixisset quidam, Nihilo plus peto, subijcit alter: velim hercle ut uno nummo plus petas, quasi dicat, tum enim causa caderes & ego debito liberarer. Eodemque respexit Leo Magnus *serm. 2. de Nativit. Christi.* Per injustitiam plus petendi totius debiti summa vacuatur. Cassiodorus item *in Psalm. 36.* quem etiam adducit Cujac. Ordinem superni Chirographi consideremus, pollicita suis

temporibus expectemus, ne, dum volumus promissa festinantius exigere, causæ videamur amissione mulctari. Eleganter hoc ad avaritiam & immodicas cupiditates accomodavit *Steph. Forcatulus in Epigrammatibus.*

Improba vota Midæ scito novisse petaci;
Plura petens causa, lege jubente, cadit.

Et id quidem adeò stricte ac rigide observabatur, ut ne in integrum restituerentur actores, qui ita causam perdidissent. Unde Suetonius hoc tanquam singulare & extraordinarium beneficium Claudij Imp. commemorat, Quod actiones restituerit ijs qui plus petendo formula excidissent. *d. c. 14. ubi videatur comment. Levini Torrentij.* Interdum tamen prætor dabat restitutionem in integrum videl. si quis dolo adversarij inductus fuisset ad plus petendum, quod & indicat *Senec. d. ep. 49. & hic Imperat.*

I. Enim restituebat minores. 25. annis in integrum: quibus semper succurritur, quoties lubrico ætatis & facilitate sua lapsi ac læsi sunt. *l. 1. & tota tit. D. de minor.* Sed succurritur illis causa cognita, ut hîc additur. Etsi enim omnes restitutiones in integrum fiunt à prætore cum causæ cognitione, qua earum causarum justitiam veritatemque examinet. *l. 3. D. de in integr. restit.* Maximè tamen hæc minorum restitutio causæ cognitionem desiderat & ex decreto prætoris tota pendet. Unde hæc restitutio dicitur esse ex decreto, cum cætera fiant ex edicto.

II. Non solùm minores, sed nonnunquam etiam majores prætor restituebat ex justa causa, utputa ex probabili errore facti, qui plerumque etiam prudentissimos fallit. *l. 2. D. de jur. & facti ignor.* Et quo etiam constantissimus quisque labi potest, ut hîc dicitur. Finge, Titius communis noster amicus te instituit heredem, & mihi legat 100. Postea idem facit codicillos, in quib. mihi 50. adimit, cum hæreditatem adijsses necdum prolatis codicillis peto à te 100. actione ex testamento, quæ competit legatario. *§. sed olim. supr. de legat.* Hîc quia plus peto quàm debetur, 100. scilicet pro 50. causa cado & litem perdo. Sed quia sanè iniquum est, me ob ignorationem facti alieni, quæ probabilis esse dicitur, omne id amittere quod mihi relictum erat, Prætor æquitate motus in integrum me restituet, ut adhuc possim illa 50. petere, quæ stricto jure amplius petere nō poteram. Rursus finge, Titius cum haberet in bonis 1000. te instituit heredem, mihique à te legat 500. Idem postea in codicillis legat Mævio 200. Sempronio totidem, & Cajo 100. ut ita jam tota hæreditas sit exhausta legatis nec apud te hæredem quicquam remaneat præter inane nomen: Ego priusquam mihi hoc innotesceret prolatis codicillis peto abs te integrum legatum nimirum 500. nō habita ratione legis Facidiæ, plus peto ideoque causa cado. Sed quia non de industria sciens & prudens, verùm justo errore ductus plus petij, Prætor in integrum me restituit, ut tantum adhuc à te petere possim, quantum per l. Falcidia licet, quæ quando legata minuat, audivistis *supr. lib. 2.*

Ad vers. Plus autem.

Hactenus de jure veteri, cui priusquam subijciat jus novum interijcit.

Imp.

Imp. genera plus petitionum sive quot modis plus petatur. Et ait IV. modis id fieri, Re, tempore, Loco & causa. Eosdem quatuor modos transcripsit ex Imperatore pontifex *in c. unic. ext. de plus petit.* Paulus quoque eosdem habet *lib. 1. sent. tit. 10.* sed aliis verbis, nam pro re dicit summam, pro causa dicit qualitatem. Idem ergo valent hæc, plus petere re, & plus petere summa, quod etiam plus petere quantitate dicitur *vers. sed hæc quidem. inf. h. t. & §. fidejussores. vers. non solum. sup. de fidejuss.* Sed obstat *l. 2. C. Herm. de calum. & plus petit.* Ubi etiam alij duo modi adducuntur, nimirum qualitas & æstimatio. Resp. Qualitas & æstimatio ad causam referenda sunt, sub qua comprehenduntur. Porrò hi IV. modi ita clarè in textu explicantur & subjectis exemplis declarantur, ut vix ulteriore interpretatione indigere videantur. Sed tamen singulos breviter percurramus.

Ad vers. Re, veluti, si.

Primùm re plus petit qui majorem summam sive quantitatem petit quàm sibi debeatur, ut qui 100. cum tantum 50. sint debita. Qui petit totum fundum, cum tantum ex quadrante sit ipsius. Sic plus petit etiam is qui bis idem exigit, quod est contra bonam fidem, ut vult Zasius & alij.

Secundò, Tempore plus petit qui ante diem petit quod in diem debetur: vel qui id quod sub conditione debetur, ante conditionis eventum petit, v. g. Stipulatus à te C. prox. Cal. Maij, non expectata illa die peto ea Calendis Martijs. Item Stipulatus à te C. sub hac conditione, si navis ex Asia venerit, statim antequam navis venerit, peto. Utroque casu plus peto & præmaturè peto. Quemadmodum enim tardius solvendo minus solvitur. *§. fidejussores in fin. sup. de fidejuss. & l. 85. solidum. D. de solut. l. 12. §. 1. D. de V. S.* Cum dies sit ipsius summæ & obligationis pars quædam *l. 21. §. si tibi fundum. D. de act. empt.* Ita qui citius & præmaturè petit plus petit.

Tertiò, Loco plus petit, qui certo loco sibi promissum alio loco petit purè, id est, omissa mentione loci stati & in stipulatione comprehensi, ut si is qui Norimbergæ 100. sibi dari stipulatus est, petat illa purè Pragæ sibi dari oportere. Hic quia debitori fortè utilius est & facilius Noribergæ quàm alibi solvere, vel quia ipsius merces majoris sunt pretij, vel quia sub minoribus ibi usuris pecuniam mutuam accipere potest, pro qua alibi gravissimum fœnus pendere cogeretur. Hæc utilitas & commoditas dum reo per actorem aufertur purè agendo alibi, iccirco actor plus petere dicitur, non quidem directò, quo ad summam sive rem, sed quo ad locum. In effectu tamen etiam re plus petit, quantum quidem ad reum attinet, qui plùs expendere cogeretur vel certè majore cum difficultate rerum suarum, si ibi, ubi petitur, solvendum esset. Purè igitur non nisi eo loco, quo promissum est, actor petit, si alibi petat purè, plus petet. Debet igitur arbitrariam actionē proponere, qua ratio habeatur utilitatis sive ejus quod interest rei ibi potius solvere quam ubi promissum est: quæ actio dicitur de eo quod certo loco dari oportet, de qua supra dict. *ad §. Præterea.* Quod autem hic Imp. ait de varietate pretij in vino, oleo, frumento aliisque mercibus pro diver-

ſitate locorum & regionum, id experientia ipſa confirmat. Et in eandem ſententiam ſcribit Paulus *in l.62.§.nonnullam.D.ad l.Falcid.* Et Cajus in *l.3.D.de eo quod certo loco.* Cujus verba Tribonianus hic ante oculos habuiſſe videtur. Sic Plin. *lib.37.cap.ult.* Pretia rerū, inquit, non ignoramus alia aliis in locis eſſe, & omnibus penè annis mutari, prout navigationes conſtiterint: aut ut quiſq; mercatus ſit, aut ut aliquis prævalens manceps annonam flagellaverit. Exemplum elegans videte apud Theophilum *in tit.de jur.nat.gent.& civ.ſup.* Quæ varietas & incertitudo pretij in fructibus etiam hoc efficit, ut uſuræ in his mutuo datis etiã ex pacto debeantur, cum pecuniæ numeratæ non niſi ex ſtipulatione promiſſæ peti poſſint *l.3.& 12.C.de uſur.* Item ut graviores quoq; uſuras, nimirum centeſimas ibi paciſci liceat *l.23.oleo quidem.& l.26.eos qui.§.in trajectitiis.C.d.t.*

Ad verſ. Hæc autem.

Quartò, Cauſa plus petit is, qui cum ipſi in genere vel ſub disjunctione ſive alternativè aliquid debeatur, rem certam petit vel in ſpecie petit. Quod ut intelligatur repetendum eſt *ex tit.de V.O. ſup.lib.3.* Stipulationem vel eſſe certæ rei ac ſpeciei ſive corporis, ut Hominem Stichum, fundum Tuſculanum dabis? Vel eſſe disjunctivã, quæ etiam alternativa dicitur, ut Servum Stichum aut 100. aureos dabis? Item Stichum aut Pamphilum dabis? Vel denique eſſe ſtipulationem generis ſive generalem, ut X. Modios frumenti mihi dabis? Item X. amphoras vini dabis? Item X. ulnas pupuræ? Deinde & hoc admonendum, Jus obligationis alternativæ item generalis hoc eſſe, ut regulariter electio non ſit creditoris, ſed debitoris. Ipſe enim ex pluribus ſervis eligere poteſt quem dare eſt ei commodiſſimum & facilimum. Ipſe ex variis generibus frumenti, vini, aut purpuræ eligere & ſolvere poteſt quod placuerit. *c.70.in alternativis.& ibi Dinus de R.I. in 6 l.76.D de V.O. l.plerumque 10.§.ult. D.de jur.dot.l.34.§.pen.D.de contr.empt.l.32.§.ult.D.de cond.indeb.* Hanc utilitatem electionis quia actor reo aufert dum ſibi rem certam ab eo dari oportere intendit, plus petit. v g. Si Stichũ aut X. ſub disjunctione ſtipulatus à me præcisè petas Stichum, ſi vinum in genere ſtipulatus petas Rhenanum (hoc enim inter Germanica vina præſtantiſs. habetur, ut olim in Italia Campanum quod falſo & imperitè ſcribit Theophilus ex omnibus vini generibus, peſſimum fuiſſe.) Si frumentum in genere ſtipulatus petas Alexandrinum aut Siculum aut Bohemicum. Si purpuram in genere à me ſtipulatus petas Tyriam & quidem dibaphon ſive bis tinctam, quæ teſte Plinio & Strabone omnium præſtantiſſima fuit. Quid ſi quis in genere vinum ſtipulatus petat non Rhenanum, id eſt, optimum ſed Bavaricum, id eſt, peſſimũ: An hic quoq; plus petere dicendus eſt? Reſp. Imp. etiam hunc plus petere: cum ſæpè fiat, ut promiſſori facilius ſit ſolvere ea quæ magni ſunt pretij, quæ ſcil. ad manum & in bona copia habet, quàm viliora, quæ nõ habet, & non ſine magnis impenſis multoq; labore prius ipſi eſſent comparanda. Malitiis autem non eſt indulgendũ *l.38.D.de rei vind.* nec faſtidioſus ac delicatus creditor eſt audiendus.

Ad §. Sed hæc quidem.

Dictum eſt ſatis I. De veteri jure plus petitionum. II. De quatuor modis earundem.

rundem. Sequitur de jure novo, quod tertium hujus loci caput est. Id partim à Zenone, partim à Justiniano inductum est per constitutiones, quæ, quia græcè scriptæ fuerunt, amissæ sunt *ex tit. C. de plus petit.* Restitutæ tamen à Cujac. *lib. 12. obs. cap. 21.* Summa hæc est. Cum quatuor sint modi, quibus plus petitur: Zeno de uno tantum cavit, Nimirum si plus tempore petatur, ut is qui ante tempus & præmaturè petit, alterum tantum tempus expectet. sive ut induciæ duplicentur reo, & quidem sine interusurio. Deinde ut actor his induciis ita duplicatis elapsis denuò agere volens non admittatur, antequam etiam expensas prioris litis reo refuderit. §. *temporales. vers. hodie. inst. de except.* De reliquis tribus modis, ut si re, si loco, si causa plus petatur, Justinianus constituit, ut actor pœnæ loco reddat reo triplum ejus quantò majores sportulas viatoribus hoc nomine reus dedit, *de quo sup. ad §. 11. pti.* Vel etiam ut hic additur, triplum omnis alterius damni, quod reo hac de causa accidit. Ratio veteris juris mutati, quia nimis strictum ac rigidum erat, totumq; ad meram subtilitatem juris pertinebat, ut ipse Imp. indicat *d. vers. hodie.* sive, ut ibi Theophilus ait, quia iniquã continebat subtilitatem. Ne tamen planè impunita esset actorum temeritas & procacia, jus novum pro amissione litis aliam invenit pœnam mitiorem. Hodie igitur plus petens non amplius cadit causa, sed levius punitur, ut jam d. Et probatur etiam in Reformatione Normbergensi *tit. 6. l. 5. Vide quoque Ant. Tessauri Decis. 231.* Excipitur unus casus, quo etiam hodie plus petens cadit causa & toto debito fraudatur, si videl. creditor per dolum exegerit à debitore cautionem seu chirographum de majore pecunia, eamq; judicio petat, ac de eo post litem contestatam convincatur. Nam ante litem contestatam locus est pœnitentiæ *l. ult. C. de plus petit.* Hic ego assentior Jac. Ravardo existimanti *2. var. cap. 14.* locum Callistrati *in l. 1. D. de interrogat.* interpolatum esse à Triboniano. Cum enim JC. scripsisset, Ne actor plus petendo caussa cadat &c. posuisse Tribon. propter juris mutationem Aliquid damni sentiat.

Ad §. Si minus.

Audivimus de plus petitionibus quodnam earum jus & olim fuerit & sit hodie, Nimirum quòd plus petens sibi præjudicet & propterea puniatur. A tali periculo immunis est is qui minus petit. ut cum sibi 20. deberentur, petit tantum 10. Cum fundus vel donus tota ad ipsum pertineret, partem tantum dimidiam petit. Nam Iudex hoc non sequitur, sed sententiam fert secundum veram quantitatem. Id constituit Zeno in fine suæ legis *l. 1. C. de plus pet. & repetiit Iustin. in l. 2. C. eod.*

Ad §. Si quis aliud.

Ut minus petitio caret periculo, ita etiam si quis aliud petat pro alio. Ut si is cui Stichus debetur, petat pro eo Erotem. Licet enim actori corrigere hunc errorem & libellum mutare in eodem judicio, id est, etiam post litem contestatam, dummodo ante sententiam. Sed de libelli mutatione & emendatione an ea sit permissa post litis contestationem, difficilis est quæstio: de qua Dd. *ad l. 3. C. de edendo. c. examinata. ext. de judic. Zas. & Donellus hic.*

Ad

Ad §. Sunt præterea.

Plerique Interpp. novam hîc constituunt divisionem actionum, quæ aliæ sint solidi persecutoriæ: aliæ non solidi, in quibus condemnetur reus non in integrum debitum sed in id quod facere potest. Alij ad superiorem disputationem de plus & minus petit: hæc referunt: ut intelligamus, eum quidem malè agere qui plus petat quàm ipsi debetur: similiterque illum qui minus petat, quamvis hic non ita puniatur ut ille. Non autem malè agere eum, qui solidum petat, id est, integrum debitum: tametsi non semper solidum consequatur actor. Quod quibus casibus fiat hic exponitur, Nimirum, I. Si de peculio agitur & minus sit in peculio quàm in summa debiti. II. Si de dote agitur contra maritum, nec is solvendo sit, vel impensas fecerit in dotem necessarias. III. Si filius agat cum parente suo. IV Si libertus cum patrono. V. Si socius cum socio. VI. Si donatarius cum donatore. VII. Si quis agat contra eum, cui ipse vicissim aliquid debet, ut proinde cum ipso compensare debeat. VIII. Si creditor agat contra debitorem, qui aliquando bonis cessit, & postea aliquas fortunas recuperavit. Quæ singula, quia quotidiana sunt, paulò plenius attingemus & rationes singulorum reddamus. De I. diximus sup. *in §. actiones a. h.t.* Idque repetetur infra *tit. prox.* Ex contractu filiifam. & servi teneri patrem & dominum actione prætoria de peculio seu peculio tenus. Si ergo tantum sit in peculio, quantum debetur, solidum consequitur actor, sin debiti quantitas peculij vires superet, non solidum consequitur, sed minus, tantum scilicet, quo minus in peculio esset. Tunc enim insolidum condemnabitur. *l. 21. summa. & l. 36. in bonæ fidei. D. de pecul.* Ratio, cur non debeat pater vel dominus condemnari ultra vires peculij, est (à nobis sup. indicata) æquitas, quia jure civili ex alieno contractu planè non tenerentur. Cum g. jure prætorio tantum teneantur, non debent plus æquo onerari præsertim cum non debeat nostra conditio per eos, quos in potestate habemus, deterior fieri, &c.

Ad §. Item si de dote.

Dixi supra ad §. fuerat, h.t. soluto matrimonio dotem repeti ab uxore ejusvè hæredibus, quibus maritus dotem restituere debet, nisi aliter in pactis dotalibus convenerit. Sed marito, à quo dos repetitur, hoc tributum est beneficij loco, ne ultra id quod facere potest, condemnetur. Ratio est reverentia maritalis. *l. 12. D. sol. matr. l. 20. non tantum. D. de re jud. l. un. §. cum a. in exactione. C. de rei uxor. act.* An autem & quando hoc beneficium competat etiam socero vide *l. 21. cum 2 seqq. D. de re jud. l. pen D. de jur. dot. l. pen. C. sol. matr. & l. 15. §. ult. D. eod.* Est autem condemnari in id, quod quis facere potest, ita condemnari, ne reus egeat, sed prius deducat alimenta necessaria & quod victui satis sit. *l. 173. D. de R. I.* Idque æstimabitur tempore rei judicatæ *l. 15. D. solut. matr.* Ut & aliàs fit. *l. 63. verum est. §. tempus D. pro socio.* Quòd si Judex ignorantia juris lapsus maritum condemnaverit in solidum contra actionem rei judicatæ poterit maritus se tueri exceptione doli. *l. 17. §. ult. D solu. matri.* Quid si maritus postea renunciet huic suo beneficio,

beneficio, an in solidum condemnabitur? Et quanquam aliàs regulariter quisque renunciare suo juri possit *l.pen.C.de pact.* tamen hoc pactum mariti servandum non est, quia contra bonos mores est & contra reverentiam maritalem *d.l.14.§.1.D.sol.matr.* Si tamen maritus postea fiat idoneus, denuò de residuo conveniri poterit *d.l.8.C.sol.matr.* Pertinet autem hoc beneficium etiam ad filios mulieris, qui patri hæredes extiterunt. *l.18.D.sol.matr.* Ad extraneos autem hæredes non porrigitur *d.l.12.& l.15.§.1.D eod.& d.l.8.C.d.t.* Est enim personale beneficium & cum persona extinguitur. *l.13.D.d.t.l.24.& 25.D.de re jud.* Non tantum autem dotis nomine maritus condemnatur in quantum facere potest, sed & si ex aliis contractibus ab uxore conveniatur; Idemque etiam in mulieris persona æqua lance servatur, æquitatis ratione suggerente *l.20.D.de re jud.* Perdit autem hoc beneficium maritus, si dolo fecerit quo minus solvendo esset. Tunc enim in solidum condemnatur. *d.l.18.D.soluto matrimonio.* Frustra enim implorat legis auxilium qui in legem committit *l.37.D.de minor.* Sic si maritus ex delicto suo conveniatur ab uxore, ut actione rerum amotarum, non in id quod facere potest, sed in solidum condemnari debet. *l.52.si rerum.D.de re jud.*

Ad vers. Propter retentionem.

Audivimus, quomodo interdum minuatur dotis repetitio propter inopiam mariti: Addit Imp. illam contingere etiam propter impensas necessarias & sumptus à marito in dotem factos. Hæ enim impensæ ipso jure minuunt dotem & efficiunt, ut eatenus retineri possit dos, quoad impensæ sarciantur: Sicut de compensatione diximus supra. Quænam autem dicendæ sint impensæ necessariæ, & quomodo differant ab utilibus & voluptuariis, explicatur *in l.1.& toto tit.D. de imp. in res dot. factis.* quò Imperator nos remittit. Vide & Ulpian. *lib.Regul.tit.6.*

Ad §. Sed & si quis.

Tertium exemplum est in filio emancipato, qui agit contra patrem suum. Hic quoque agere debet humaniter cum ipso, ne totum quod habet extorqueat, sed rationem ejus habeat, ne egeat. *l.16.in fi.& l.30.D.de re jud.* Suadet hoc officium pietatis & reverentia parentibus debita *l.6.D.de in jus voc. d.l.6.& l.ult.D.de cess.bon.* Sunt tamen casus aliquot, quibus cessat istud cessionis beneficium, de quibus vide *Myns.hic.* & Socin. in fallent. reg.45. *Ioan.Fichard.consil.31.vol.2.* Minimeque eo gaudere debet fraudulentus decoctor: ut pulchra inter hunc & eum qui fortunæ vitio ad inopiam redactus est, distinguit *Petr. Heig. quæst.35.*

Postquam autem debitor bonis cessit, non quidem licet creditoribus illa inter se distribuere propria auctoritate & jure dominij retinere, quasi in solutum data essent, sed venditione illorum facta indemnitati suæ consulere debent. *d.l.6.C.qui bon.ced.poss.* Aliud est, si debitor bona sua creditoribus in solutum dederit, horum enim domini fiunt. Priusquam bona sint vendita locum habet

Nnnn poeni-

Arbitrariæ igitur actiones sunt quæ ex arbitrio judicis pendent. Sed hæc definitio nominis potius quàm rei esse videtur. Nondum. n. ex ea intelligitur natura harum actionum: cum tamen hæc virtus sit bonæ definitionis: Naturam rei involutam explicare. Itaque sic habendum, Aliæ actiones pendent ex petitione actoris, quam sequitur judex in sententia vel condemnatoria vel absolutoria. Sed istud genus actionum pendet ex arbitrio judicis: non quasi liberum sit judici vel sententiam, qua controversia dirimatur ferre, vel non ferre. Hoc enim est officium judicis in omnibus actionibus pronunciare & sententiam ferre. *l.74.D.de judic.* Non etiam quasi liberum sit judici sententiam ferre qualem ipse velit. Cogitur enim judex pronunciare secundum ll. & formam juris communis, *in pr. tit. infr. de offic. jud.* Sed pendere ex arbitrio Judicis est ex præcepto & jussu ejus ante sententiam interposito pendere, cui si postea pareat reus absoluatur, sin non pareat, condemnetur, quanti actor in litem juraverit. In alijs actionibus statim postquam actor intentionem suam contra reum probaverit, vel reus exceptionem suam, sententia sequitur.

Sed in his actionibus. *2.* sunt: 1. arbitrium sive jussus & interlocutio Judicis, & 2. sententia. Est enim hìc illud singulare, quòd Judex præter officium suum proprium, quod in sententia definitiva positum est, per quam lis dirimatur. *d.l.quod jußit.* etiam arbitri personam prius induit: & q. compositionem amicabilem tentat inter partes: Nam quod ad actorem, diligenter ante sententiam perpendit, quomodo ipsi ex æquo & bono satisfieri oporteat secundum cujusque rei & actionis naturam. *vers. in his enim infr. h.* §. Quod ad reum, non ante ipsum condemnat quàm de ejus contumacia & dolo constiterit. Apparet autem dolus & contumacia, si jussui judicis ante sententiam interposito non paruerit. Dices, hinc futurum, ut etiam bonæ fidei actiones sint arbitrariæ, cum in his quoq; æstimatio rei libero judicis arbitrio ex æquo & bono permittatur. Unde etiam arbitria dicuntur, & judex in illis arbiter appellatur, *ut supra. d.* ℞. Habent quidẽ actiones arbitrarię aliquid commune cum actionibus bonæ fidei, quale est, quod Judex utrobique ex æquo & bono æstimare debet, quomodo actori satisfiat. Sed hoc proprium est actionum arbitrariarum, quod sententia judicis in his pendet ex præcedente arbitrio sive jussu ejus. Quod secus est in bonæ fidei actionibus: Ubi sententia statim sequitur, qualis decidatur, & qua lata judex utpote suis partibus jam perfunctus desinat esse judex, nec amplius judicare aut sententiam suam retractare possit. *d.l.14.& l.42 l.45.& l.55 l.62.D. de re jud.* Sicut neque arbiter sententiam suam mutare potest *l.19 D.de recep.arb.* Sed arbitrium illud, quod diximus, causam & controversiam non decidit, ideoque sententia definitiva non est, quamvis generaliter loquendo sententia dici possit, ut quælibet interlocutio Judicis quæ est de præparatione causæ *d.l.19.* Non tamen hæc ita intelligenda sunt, quasi vel in arbitrarijs actionibus semper arbitrium interponi necesse sit, vel nunquam in bonæ fidei judicijs arbitrium aut jussus interponi possit: nam utrumque contrà est. Et in arbitrarijs inquam judex potest interdum propter circumstantias omittere jussum suum, & rectà ac statim ad sententiam procedere, ut in alijs actionibus teste Duareno *ad l. 5. D. de in lit.*

in lit. jur. Et in bonæ fidei judicijs arbitrium interponere potest, non tamen ita, ut ex illo arbitrio ipsius sententia pendeat, sed ex natura ipsius actionis, quæ est bonæ fidei. Vide *Donellum hic*. Ex his quæ dixi, duo intelligi possunt. 1. Definitio actionum arbitrariarum. 2. Quid eæ habeant proprium & qua in re differant à bonæ fidei actionibus. Sequitur earundem divisio. Et primum ait Imp. arbitrarias actiones esse vel de restituendo, vel de exhibendo, vel de soluendo: vel denique de servo noxæ dedendo. Quamvis actio noxalis semper sit in aliquo trium superiorum generum. Secundò ait, Actiones arbitrarias esse partim in rem, partim in personam, quasi diceret, Aliud est in actionibus bonæ fidei, quæ omnes sunt in personam, excepta sola hæreditatis petitione, quæ est mixta, ut supr.d. Actiones arbitrariæ in rem tres hìc afferuntur: in personam quatuor, ut ita in universum sint. VII. Publiciana, Serviana, quasi serviana seu hypothecaria: actio quod metus causa, actio de dolo, actio de eo quod certo loco: Actio ad exhibendum: non quòd non sint plures hujus generis actiones, sed quòd satis visum fuerit exempli loco ista afferre. Esse autem plures satis indicat Imp. I. hac particula bis posita VELUTI. II. his verbis Et cæteris similibus. Addendæ igitur sunt istæ: In rem quidem. 1. Rei vindicatio. *l. 35. & 68. D. de Rei vind.* 2. Actiones de servitutibus confessoria & negatoria. *l. 7. D. si ser. vind.* 3. Pauliana. *l. 10. §. per hanc. D. quæ in fraudem cred.* In personam vero istæ. 1. Fabiana & Calvisiana *l. 5. §. 1. D. si quid in fraud. patr.* 2. Actio rerum amotarum. *l. 8. §. 1. D. rerum amot.* 3. Actio redhibitoria. *l. redhibitoriæ. D. de ædil. ed. de qua & supr. dixi ex Placentino.* Sed Duarenus hanc ex isto Catologo reijcit *ad l. 5. D. de in lit. jur.* 4. Actio in factum contra publicanos. *l. 5. D. de publ. & vectig.* 5. Actio in factum ex edicto de alienatione judicij mutandi causa facta.

De noxalibus actionibus quæritur, sintne omnes arbitrariæ, an quædam tantùm. Nam Duarenus eumque secutus Donellus hìc contendunt, Eas tantùm esse arbitrarias, quæ si directò cõtra dominum proponerentur, arbitrariæ essent, ut si servus metum intulerit, vel dolo aliquid ab altero extorserit. Alij verò omnes putant esse arbitrarias: quorum sententia probabilior videtur, cum Imp. hìc non distinguat, sed in genere dicat: vel ex noxali causa. Accedit & ratio, quia non tantùm, si ex duobus istis delictis servi non alijs actio contra dominum proponatur, sed ex omnibus alijs, ut furto, injuria, damno, vi & cæteris potest dominus litis æstimationem effugere, si præcepto judicis pareat & servum noxæ dedat, de quo plura *infra proprio tit. & §. 1. tit. de offic. Iudic.* De actione finium regundorum quæritur, sitne arbitraria. Accursius id ait, eumque sequitur etiam *Cont. ius tab. 3. Instit.* Sed alij dubitant *propter l. 4. sed & si quis D. fin. reg.*

Porrò superiores actiones omnes suis quæque locis supr. expositæ sunt: exceptis his duabus Actione de eo quod certo loco, Item Actione ad exhibendum.

De priore sic breviter habendum. Si quis vel ex stipulatu, vel ex testamento aut alio negotio sit obligatus ad solvendum certo loco, V. G Francofurti, Norimbergæ, Antuerpiæ, &c. Ubi fortè vel ipsi cõmodius est, vel actori sive credi-

creditori, non prohibetur tamen actor etiam alibi petere debitum. Sed ita tamē ut ratio habeatur ejus utilitatis sive commoditatis, quam habiturus esset reus, si eo loco ubi promiserat vel à testatore jussus erat, conveniretur ac solueret. Nam cum ipsi semel jus quæsitum sit, non potest id postea invito adimi, nec forma obligationis semel perfectæ mutari: quod esset iniquum adversus reum. Quanquam etiam fieri potest, ut actoris intersit suo loco potius quàm eo quo petitur solutum esse, Ideo datur actori alio loco petenti actio arbitraria, in qua judex ex æquo & bono æstimet quanti intersit alterutrius, ibi potius ubi promissum est, quam alibi solui, *de quo vid. infr. §. loco h. t. & l. 2. ac toto tit. D. de eo quod cert. loc. & l. un C. ubi conu.* qui certo loc. dare prom. De actione ad exhibendum hoc sciatur, sæpè & multis ex causis nostra interesse ut res ab alio possessa nobis exhibeatur, id est, foras & in publicum producatur spectanda: vel quia nostram esse dicimus & à possessore, eóve qui dolo fecit quo minus possideret per rei vindicationem avocare volumus, ut ita actio ad exhibendum sit præparatoria rei vindicationis, in qua res certò designanda est, vel alias ob causas, puta, quia servus criminis reus postulatur, *ut in l. 2. C. ad exhib.* Multæ enim sunt causæ ad exhibendum agendi, ut ait *l. 3. § 1. D. ad exhib.* Quòd si reus in hac actione sit contumax, nec præcepto judicis pareat remque exhibeat, Judex deferre potest actori jusjurandum in litem. Et quanti is juraverit vel cum taxatione vel sine ea, tanti reum condemnabit. *l. 3. §. 2. D. d. t. l. 4. C. eod.*

Ad vers. Curare autem.

Hic vers. ita cum superioribus cohæret. Etsi (ut dictum est) interdum initio actor in libello suo incertam quantitatem petit, ut in actionibus bonæ fidei & arbitrarijs, tamen Iudex, quo ad ejus fieri potest, operam dare debet, ut certam quantitatem in sententia sua exprimat. Incerta enim sententia est inutilis, nec actio judicati ex ea nascitur. V. G. Si sic dicat judex: Solue quantum debes, vel si dicat quemadmodum Claudius Imp. de quodam negotio ex tabella pronuntiabat: Secundum eos se sentire, qui vera proposuissent: teste Suetonio in Claudio.

Idem de sententia arbitri dicitur *in l. 21. §. 3. Pomponius. D. de recep. arb.* Ita tamen sententia proferri potest, solue quod vel quantum petitum est. *l. 59. D. de re jud.* Satis enim est, si vel ex libello, vel ex aliqua parte actorum constet certa aliqua quantitas, ad quam relatio fiat in sententia. *l. pen. C. de sent. quæ sine certa quant. arg. l. 6. certum est. D. de reb. cred. Vid. & Cujac. in Parat. C. d. t.* Videtur ergo hic vers. potius *ad tit. de offic. Iud. referendus* esse, qui tamen obiter hîc aspersus est propter naturam earum actionum, de quibus huc usque egimus. Doctores autem hinc regulam fabricarunt, quòd sententia debeat esse conformis libello, Idque probant. *l. 18. ut fundus. D. commun divid. & l. ult. C. de fideicom. libert.* Unde & Clemens V. ait, Juxta petitionis formam pronuntiatio sequi debet. *Clem. sæpè. de verb. signif.* Sed hoc neque ex illis Legib. concluditur, neq; ab Imp. hîc dicitur: quin potius contrarium. Dicit n. Libello quidē peti posse incertā quantitatē, sententiā vero continere debere certam & expressam quantitatē.

Ad

Ad §. Si quis agens.

Hic locus est de plus petitionibus, qui porrigitur usque ad §. sunt præterea. In eo hæc tria explicantur. 1. Jus vetus de plus petendo. 2. Quod modis plus petatur in vers. Plus autem. 3. Jus novum partim à Zenone, partim à Justiniano de his constitutum. Quæ priusquam explicemus, faciendum videtur ut breviter. I. de Ratione ordinis admoneamus. II. tùm de origine plus petitionum, & hujus juris usu. Cur autem hîc de plus petitionibus agatur, ratio hæc esse videtur, Quia paulò ante dictum est de compensationibus, quæ ipso jure efficiunt ut actor minus consequatur quàm petijt, Imò, ut actor qui totum petijt, nõ habita ratione ej⁹, quod ipse vicissim debet, malè petat, ut dicitur *in l. 4. D. de compens.* Ideò Imp. ad hunc tractatũ delabitur, ut sciat actor quantũ petere debeat, ne malè petat, & in periculum illud plus petitionis, de quo mox dicitur, incurrat. Porrò de origine plus petitionum dicendum videtur, hoc jus ex morib. & usu fori ac judiciorum per JC. & prætores introductum esse, ut & aliæ actiones legitimę. *l. 2. §. deinde ex his LL. D. de orig. jur.* nec assentior illis, qui putant per legem quandam 12. tab. hoc jus esse constitutum. Decepti enim sunt vitiosa lectione apud Ciceronem 1. de Oratore, in quo delenda sunt illa verba tanquam spuria quàm quantum lex in 12. tab. permiserat. Causa cur introduceretur hoc jus, proculdubio est, ut coërceretur ac reprimeretur temeritas, importunitas & calumnia actoris, & lites, quantum omninò fieri posset, minuerentur. Unde etiam *in Cod. Herm. est tit. de Calumn. & plus petit.* Ut ita non incommodè hic locus etiam tractari potuerit *inf. sub tit. de pœn. tem. litig.* Sed an in omnib. actionibus tam bonæ fidei & arbitrarijs quàm stricti juris periculum plus petitionis locum habeat, controversum est inter Interpp. Quidam enim putant in strictis tãtùm id obtinuisse, quorum sententia probabilis videtur: Magis tamen est, ut etiam in bonorum fidei & arbitrarijs actionib. locum habuerit, ut apparet ex Paulo *lib. 2. sentent. tit. 5.* Quod igitur ad jus vetus attinet, id erat hujusmodi, ut actor qui plus petijsset, causâ caderet & rem amitteret ac litem perderet. Paulus pro eod. ponit *lib. 1. sent. tit. 10.* Causa cadere & plus petere. Sic Cornific. 1. *Rhetor. ad Herennium*, Causa cadit is, qui non quemadmodum oportet egerit. Festus Pauli Diaconi flagitio truncatus verius quam Epitomatus: Lite, inquit, cecidisse dicitur, qui ejus rei, de qua agebat, causam amisit. Sueton. *in Claud. cap. 14.* vocat formula excidere, Et Seneca *lib. 6. Epist. 49.* Et hoc est periculum plus petendi, quod passim dicitur: ut apud Paul. *lib. 3. sent. tit. ult.* Et huc alluditur *in veteri Comœdia Querulo in fin.* Si autem parasitus amplius quam præfinitum est postularit, plus petiti periculo stranguletur. Meminit hujus juris etiam Cic. *in partit. orat. & in Orator. lib. 1. & Plautus in Mostellar. act. 3. scil. 1.* ubi cum dixisset quidam, Nihilo plus peto, subijcit alter: velim hercle ut uno nummo plus petas, quasi dicat, tum enim causa caderes & ego debito liberarer. Eodemque respexit Leo Magnus *serm. 2. de Nativit. Christi.* Per injustitiam plus petendi totius debiti summa vacuatur. Cassiodorus item *in Psalm. 36.* quem etiam adducit Cujac. Ordinem superni Chirographi consideremus, pollicita suis

Imp. genera plus petitionum sive quot modis plus petatur. Et ait IV. modis id fieri, Re, tempore, Loco & causa. Eosdem quatuor modos transcripsit ex Imperatore pontifex *in c.unic.ext.de plus petit.* Paulus quoque eosdem habet *lib.1. sent.tit.10.* sed aliis verbis, nam pro re dicit summam, pro causa dicit qualitatem. Idem ergo valent hæc, plus petere re, & plus petere summa, quod etiam plus petere quantitate dicitur *vers. sed hæc quidem.inf.h.t.& §.fidejussores.vers. non solum.sup.de fidejuss.* Sed obstat *l. 2. C. Herm. de calum.& plus petit.* Ubi etiam alij duo modi adduntur, nimirum qualitas & æstimatio. Resp. Qualitas & æstimatio ad causam referenda sunt, sub qua comprehenduntur. Porrò hi IV. modi ita clarè in textu explicantur & subjectis exemplis declarantur, ut vix ulteriore interpretatione indigere videantur. Sed tamen singulos breviter percurramus.

Ad vers. Re, veluti, si.

Primùm re plus petit qui majorem summam sive quantitatem petit quàm sibi debeatur, ut qui 100. cum tantum 50. sint debita. Qui petit totum fundum, cum tantum ex quadrante sit ipsius. Sic plus petit etiam is qui bis idem exigit, quod est contra bonam fidem, ut vult Zasius & alij.

Secundò, Tempore plus petit qui ante diem petit quod in diem debetur: vel qui id quod sub conditione debetur, ante conditionis eventum petit, v.g. Stipulatus à te C. prox. Cal. Maij, non expectata illa die peto ea Calendis Martijs. Item Stipulatus à te C. sub hac conditione, si navis ex Asia venerit, statim antequam navis venerit, peto. Utroque casu plus peto & præmaturè peto. Quemadmodum enim tardius solvendo minus solvitur. *§. fidejussores in fin. sup. de fidejuss.& l.85. solidum.D.de solut.l 12.§ 1.D.de V.S.* Cum dies sit ipsius summæ & obligationis pars quædam *l. 21.§.si tibi fundum.D.de act.empt.* Ita qui citius & præmaturè petit plus petit.

Tertiò, Loco plus petit, qui certo loco sibi promissum alio loco petit purè, id est, omissa mentione loci stati & in stipulatione comprehensi, ut si is qui Norimbergæ 100. sibi dari stipulatus est, petat illa purè Pragæ sibi dari oportere. Hic quia debitori fortè utilius est & facilius Noribergæ quàm alibi solvere, vel quia ipsius merces majoris sunt pretij, vel quia sub minoribus ibi usuris pecuniam mutuam accipere potest, pro qua alibi gravissimum fœnus pendere cogeretur. Hæc utilitas & commoditas dum reo per actorem aufertur purè agendo alibi, iccirco actor plus petere dicitur, non quidem directò, quo ad summam sive rem, sed quo ad locum. In effectu tamen etiam re plus petit, quantum quidem ad reum attinet, qui plùs expendere cogeretur vel certè majore cum difficultate rerum suarum, si ibi, ubi petitur, solvendum esset. Purè igitur non nisi eo loco, quo promissum est, actor petit, si alibi petat purè, plus petet. Debet igitur arbitrariam actioné proponere, qua ratio habeatur utilitatis sive ejus quod interest rei ibi potius solvere quam ubi promissum est: quæ actio dicitur de eo quod certo loco dari oportet, de qua supra dict. *ad §. Præterea.* Quod autem hic Imp. ait de varietate pretij in vino, oleo, frumento aliisque mercibus pro diver-

sitate locorum & regionum, id experientia ipsa confirmat. Et in eandem sententiam scribit Paulus *in l.63.§.nonnullam.D.ad L.Falcid.* Et Cajus in *l.3.D.de eo quod certo loco.* Cujus verba Tribonianus hic ante oculos habuisse videtur. Sic Plin. *lib.37.cap.ult.* Pretia rerũ, inquit, non ignoramus alia aliis in locis esse, & omnibus penè annis mutari, prout navigationes constiterint: aut ut quisq; mercatus sit, aut ut aliquis prævalens manceps annonam flagellaverit. Exemplum elegans videte apud Theophilum *in tit.de jur nat.gent.& civ.sup.* Quæ varietas & incertitudo pretij in fructibus etiam hoc efficit, ut usuræ in his mutuo datis etiã ex pacto debeantur, cum pecuniæ numeratæ non nisi ex stipulatione promissæ peti possint *l.3.& 12.C.de usur.* Item ut graviores quoq; usuras, nimirum centesimas ibi pacisci liceat *l.23.oleo quidem.& l.26.cos qui.§.in trajectitiis.C.d.t.*

Advers. Huic autem.

Quartò, Causâ plus petit is, qui cum ipsi in genere vel sub disjunctione sive alternativè aliquid debeatur, rem certam petit vel in specie petit. Quod ut intelligatur repetendum est *ex tit.de V.O. sup.lib.3.* Stipulationem vel esse certæ rei ac speciei sive corporis, ut Hominem Stichum, fundum Tusculanum dabis? Vel esse disjunctivã, quæ etiam alternativa dicitur, ut Servum Stichum aut 100. aureos dabis? Item Stichum aut Pamphilum dabis? Vel denique esse stipulationem generis sive generalem, ut X. Modios frumenti mihi dabis? Item X. amphoras vini dabis? Item X. ulnas pupuræ? Deinde & hoc admonendum, Jus obligationis alternativæ item generalis hoc esse, ut regulariter electio non fit creditoris, sed debitoris. Ipse enim ex pluribus servis eligere potest quem dare est ei commodissimum & facilimum. Ipse ex variis generibus frumenti, vini, aut purpuræ eligere & solvere potest quod placuerit. *c.70. in alternativis.& ibi Dinus de R.I. in 6 l.76.D de V.O. l.plerumque 10.§. ult. D. de jur.dot.l.34.§. pen.D.de contr.empt.l.32.§.ult.D.de cond.indeb.* Hanc utilitatem electionis quia actor reo aufert dum sibi rem certam ab eo dari oportere intendit, plus petit. v.g. Si Stichũ aut X. sub disjunctione stipulatus à me præcisè petas Stichum, si vinum in genere stipulatus petas Rhenanum (hoc enim inter Germanica vina præstantiss. habetur, ut olim in Italia Campanum quod falso & imperitè scribit Theophilus ex omnibus vini generibus, pessimum fuisse.) Si frumentum in genere stipulatus petas Alexandrinum aut Siculum aut Bohemicum. Si purpuram in genere à me stipulatus petas Tyriam & quidem dibaphon sive bis tinctam, quæ teste Plinio & Strabone omnium præstantissima fuit. Quid si quis in genere vinum stipulatus petat non Rhenanum, id est, optimum sed Bavaricum, id est, pessimũ: An hic quoq; plus petere dicendus est? Resp. Imp. etiam hunc plus petere: cum sæpè fiat, ut promissori facilius sit solvere ea quæ magni sunt pretij, quæ scil. ad manum & in bona copia habet, quàm viliora, quæ nõ habet, & non sine magnis impensis multoq; labore prius ipsi essent comparanda. Malitiis autem non est indulgendũ *l.38.D.de rei vind.* nec fastidiosus ac delicatus creditor est audiendus.

Ad §. Sed hæc quidem.

Dictum est satis I. De veteri jure plus petitionum. II. De quatuor modis earundem.

randem. Sequitur de jure novo, quod tertium hujus loci caput est. Id partim à Zenone, partim à Justiniano inductum est per constitutiones, quæ, quia græcè scriptæ fuerunt, amissæ sunt *ex tit. C. de plus petit.* Restitutæ tamen à Cujac. *lib. 12. obs. cap. 21.* Summa hæc est. Cum quatuor sint modi, quibus plus petitur: Zeno de uno tantum cavit, Nimirum si plus tempore petatur, ut is qui ante tempus & præmaturè petit, alterum tantum tempus expectet, sive ut induciæ duplicentur reo, & quidem sine interusurio. Deinde ut actor his induciis ita duplicatis elapsis denuò agere volens non admittatur, antequam etiam expensas prioris litis reo refuderit. *§. temporales, vers. hodie. inf. de except.* De reliquis tribus modis, ut si re, si loco, si causa plus petatur, Justinianus constituit, ut actor pœnæ loco reddat reo triplum ejus quantò majores sportulas viatoribus hoc nomine reus dedit, *de quo jur. ad §. tripli.* Vel etiam ut hic additur, triplum omnis alterius damni, quod reo hac de causa accidit. Ratio veteris juris mutati, quia nimis strictum ac rigidum erat, totumq; ad meram subtilitatem juris pertinebat, ut ipse Imp. indicat *d. vers. hodie.* sive, ut ibi Theophilus ait, quia iniquâ continebat subtilitatem. Ne tamen planè impunita esset actorum temeritas & procacia, jus novum pro amissione litis aliam invenit pœnam mitiorem. Hodie igitur plus petens non amplius cadit causa, sed levius punitur, ut jam d. Et probatur etiam in Reformatione Norimbergensi *tit. 6. l. 5. Vide quoque Ant. Tessauri Decis. 231.* Excipitur unus casus, quo etiam hodie plus petens cadit causa & toto debito fraudatur, si videl. creditor per dolum exegerit à debitore cautionem seu chirographum de majore pecunia, eamq; judicio petat, ac de eo post litem contestatam convincatur. Nam ante litem contestatam locus est pœnitentiæ *l. ult. C. de plus petit.* Hic ego assentior Jac. Ravardo existimanti *3. var. cap. 14.* locum Callistrati *in l. 1. D. de interrogat.* interpolatum esse à Triboniano. Cum enim JC. scripsisset, Ne actor plus petendo caussa cadat &c. posuisse Tribon. propter juris mutationem Aliquid damni sentiat.

Ad §. Si minus.

Audivimus de plus petitionibus quodnam earum jus & olim fuerit & sit hodie, Nimirum quòd plus petens sibi præjudicet & propterea puniatur. A tali periculo immunis est is qui minus petit, ut cum sibi 20. deberentur, petit tantum 10. Cum fundus vel domus tota ad ipsum pertineret, partem tantum dimidiam petit. Nam Iudex hoc non sequitur, sed sententiam fert secundum veram quantitatem. Id constituit Zeno in fine suæ legis *l. 1. C. de plus pet. & repetiit Iustin. in l. 2. C. eod.*

Ad §. Si quis aliud.

Ut minus petitio caret periculo, ita etiam si quis aliud petat pro alio. Ut si is cui Stichus debetur, petat pro eo Erotem. Licet enim actori corrigere hunc errorem & libellum mutare in eodem judicio, id est, etiam post litem contestatam, dummodo ante sententiam. Sed de libelli mutatione & emendatione an ea sit permissa post litis contestationem, difficilis est quæstio: de qua Dd. *ad l. 3. C. de edendo. c. examinata. ext. de judic. Zas. & Donellus hic.*

Ad

beneficio, an in solidum condemnabitur? Et quanquam aliàs regulatiter quisque renunciare suo juri possit *l.pen.C.de pact.* tamen hoc pactum mariti servandum non est, quia contra bonos mores est & contra reverentiam maritalem *d.l.14.§.1.D.sol.matr.* Si tamen maritus postea fiat idoneus, denuò de residuo conveniri poterit *d.l.8.C.sol.matr.* Pertinet autem hoc beneficium etiam ad filios mulieris, qui patri hæredes extiterunt. *l.18.D.sol.matr.* Ad extraneos autem hæredes non porrigitur *d.l.12.& l.15.§.1.D eod.& d.l.8.C.d.t.* Est enim personale beneficium & cum persona extinguitur. *l.13.D.d.t.l.24.& 25.D.de re jud.* Non tantum autem dotis nomine maritus condemnatur in quantum facere potest, sed & si ex aliis contractibus ab uxore conveniatur; Idemque etiam in mulieris persona æqua lance servatur, æquitatis ratione suggerente *l.20.D.de re jud.* Perdit autem hoc beneficium maritus, si dolo fecerit quo minus solvendo esset. Tunc enim in solidum condemnatur. *d.l.18.D.soluto matrimonio.* Frustra enim implorat legis auxilium qui in legem committit *l.37.D.de minor.* Sic si maritus ex delicto suo conveniatur ab uxore, ut actione rerum amotarum, non in id quod facere potest, sed in solidum condemnari debet. *l.52.si rerum. D.de re jud.*

Ad vers. Propter retentionem.

Audivimus, quomodo interdum minuatur dotis repetitio propter inopiam mariti: Addit Imp. illam contingere etiam propter impensas necessarias & sumptus à marito in dotem factos. Hæ enim impensæ ipso jure minuunt dotem & efficiunt, ut eatenus retineri possit dos, quoad impensæ sarciantur: Sicut de compensatione diximus supra. Quænam autem dicendæ sint impensæ necessariæ, & quomodo differant ab utilibus & voluptuariis, explicatur *in l.1.& toto tit.D.de imp. in res dot.factis.* quò Imperator nos remittit. Vide & Ulpian. *lib.Regul.tit.6.*

Ad §. Sed & si quis.

Tertium exemplum est in filio emancipato, qui agit contra patrem suum. Hic quoque agere debet humaniter cum ipso, ne totum quod habet extorqueat, sed rationem ejus habeat, ne egeat. *l.16.in fi.& l.30.D.de re jud.* Suadet hoc officium pietatis & reverentia parentibus debita *l.6.D.de in jus voc. d.l.6.& l.ult.D.de ceß.bon.* Sunt tamen casus aliquot, quibus cessat istud cessionis beneficium, de quibus vide *Mynf.bic.* & Socin. in fallent. reg.45. *Ioan.Fichard.consil.31.vol.2.* Minimeque eo gaudere debet fraudulentus decoctor: ut pulchra inter hunc & eum qui fortunæ vitio ad inopiam redactus est, distinguit *Petr. Heig. quæst.35.*

Postquam autem debitor bonis cessit, non quidem licet creditoribus illa inter se distribuere propria auctoritate & jure dominij retinere, quasi in solutum data essent, sed venditione illorum facta indemnitati suæ consulere debent. *d.l.6.C.qui bon.ced.poß.* Aliud est, si debitor bona sua creditoribus in solutum dederit, horum enim domini fiunt. Priusquam bona sint vendita locum habet

Nnnn poeni-

pœnitentia & admittitur debitor, paratus se defendere, vel solvere *l.3. & 5. D. de cess. bon. l. 2. C. qui bon. ced. poss.* Porrò cessio illa & venditio non quidem irrogat debitori infamiam *l. 11. C. ex quib. caus. infam. irrog. Anton. Contius lib. 2. subsec. lect. c. 18.* Sed tamen opinionem ejus apud bonos viros gravat. *Nov. 3. 4. & 135. & ibi Cujac.* Potest autem is, qui bonis cessit, denuò conveniri, si quid novi acquisierit. Non enim liberatus est per cessionem nisi solidum creditor receperit *d. l. 1. C. qui bon. ced. poss.* Cum obligatio tollatur solutione ejus, quod debetur, & aliis certis modis, inter quos non est cessio. *tit. ult. lib. 3. sup.* Sed convenitur in quantum facere potest, id est, ita ne fraudetur alimentis quotidianis *l. 4. 5. & 6. D. de cess. bon.* Facit hoc commiseratio & humanitas, ne afflicto addatur afflictio, & ne semel excussus & spoliatus omnibus fortunis in solidum damnetur. Eadem miserationis ratio est in filio exhæredato vel ex minima parte instituto, & eo qui paterna hæreditate se abstinuit, si ex contractu suo conveniantur. *l. 49. & exhæredatum. D. de re jud. l. 2. & passim D. quod cum eo, qui in al. pot. est. &c.* Excipitur hîc etiam is, qui se patremfam, mentitus est & alterum in contrahendo decepit. Hic enim in pœnam mendacii tenetur in solidum *l. 4. §. 1. D. d. t.* Sicut supra de socio negante se socium diximus. His addendus est miles, qui sub armata militia stipendia meruit. Nam & is condemnatus eatenus tantùm qua facere potest cogitur solvere *l. 6. miles. & l. 18. item miles. D. de re judic.* Ratio est, propter bene merita in Rempub. pro quibus hoc beneficium ipsi conceditur: Ex qua eadem causa sunt & alia privilegia militibus indulta, & potissimum in testamentis, de quibus supra *lib. 2. tit. 11.*

Postremò ut hunc locum adeoque totum tit. pulcra coronide concludamus, placet hîc subjicere artificiosam tabellam de iis actionibus, quibus non semper solidum consequimur: confectam ex commentariis D. Donelli ad hunc locum. In ea cætera omnia probo, excepto eo, quòd Maritum & uxorem refert ad conjunctionem adfinitatis, cum Jurisconsulti & Imperatores causam assignent reverentiam. Deinde, quia conjuges non sunt inter se affines: sed affinitatis causam & initium præbent. Hoc quoq; non satis convenire videtur, quod retentiones refert ad compensationes.

NB. Distingue diligenter ab iis qui bonis cesserunt banci ruptores. Hi enim bona sua retinent, & cum fallere volunt & conturbare, conferunt se ad asylum aliquod, ut Noribergenses Rotham, aut Francofurtenses Saxenhausam. Inde litteras emittunt ad creditores, ut velint parte contenti esse & transigere. Item jus eorum hoc est, ut ubicunque extra locum asyli deprehendantur vel ipsi vel eorum bonæ, ut capi & incarcerari possint. In carcere autem aluntur pane & aqua & si non habeant unde vivant, ut mendicare cogantur. Si acto annos exegerint in carcere, ut liberentur omni debito, &c. Hoc quoque notandum, Statutis Noricis sublatam esse bonorum cessionem, ut videre licet *Reformat. Norimberg. tit. XI. l. 6. in fine.*

AD

AD TIT. VII. QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICEtur (vulgò non rectè dicitur.)

EXtat quidem in Pand. tit similiter conceptus, sed tamen non ejusdem cum hoc argumenti. Nam tit. Pand. tantùm agit de privilegio filijfam. qui cum esset in potestate contraxit & postea per emancipationem vel mortem patris potestate solutus hæreditate se abstinuit, ut is inquam non in solidum conveniatur, sed quatenus facere potest. *l. 2. & passim. D. illo tit. l. 2. & 9. C. eod.* De quo privilegio nihil hoc titulo nostro agitur, sed generalis est hic titulus ad oēs actiones quæ ex contractibus servorum & filiorumfam. dantur contra eos, quorum in potestate sunt. Tales hoc titulo VI. exponuntur, videlicet 1. Actio quod jussu. 2. Actio exercitoria. 3. Actio institoria. 4. Tributoria 5. De peculio. 6. De in rem verso: De quibus singulis proprij extant in Pand. lib. 14. & 15. & in Cod. lib. 4. tit. 20. & seq. Adjicitur etiam aliquid de exceptione SCti Macedoniani, quæ datur non modò filio qui mutuam accepit pecuniam, sed etiam ejus patri, ut inf. dicetur *ad §. illud propriè. h. t.* Ordinis rationem & occasionem, qua adductus Imp. hìc de illis actionibus tractet, ipsemet reddit *in pr. tit.* ut scilicet plenius exponat quod breviter dixerat *(in §. actiones. & in §. sunt præterea. tit prox.)* de actione Prætoria de peculio. Et ut vicinas quoque actiones ibi omissas adjiciat, quæ cum actione de peculio sæpè concurrunt & similiter ex filiorum ac servorum contractibus in patrem & dominum dantur.

Poterat quidem hujus tit. materia, ut & 2. seqq. referri sub tit. De actionibus. Sed quia nimis prolixus is tum futurus fuisset, commodius visum est separatim de ea explicari. Quidam ex hoc & seq. tit. novam sumpserunt actionum divisionem: quòd scilicet quædam actiones ex nostro & proprio contractu aut delicto in nos dantur: de quibus hucusque dictum ex professo. Aliæ ex eorum, quos in potestate habemus. Et de contractibus quidem illorum sub hoc tit. de delictis vero sub tit. seq. Quibus adjungitur actio de pauperie inf. tit. 9. Quomodo scilicet de damnis per animalia nostra alteri datis, conveniamur. Initia autem de his VI. actionibus id in genere admonendum, omnes eas esse prætorias, ut proinde cæteris exemplis prætoriarum actionum in personam, quæ sup. commemoravimus. *§. in personam. t. prox.* jure ac merito aggregentur. Ratio, cur prætoris auxilio ad has actiones constituendas opus fuerit, est, quia jure civili quisque ex suo tantum, nemo ex alieno contractu obligatur *l. 11. D. de obl. & act.* Neque igitur Pater ex contractu filij, neq; dominus ex servi tenebatur, quamvis alii ipsis ex eorū contractu obligarentur, idq; ideo, quia per eos, quos in potestate habemus, melior quidem conditio nostra fieri potest, deterior non item. *l. melior. D. de R. I.* Quicunque autem alterum sibi obligat, ejus conditio fit melior: qui vero alteri obligatur, ejus conditio deterior fit, ac durior. *init. tit. sup. de aut. tut.* Sed quia tamen ex qua persona quis commodum sentit, ejus factum præstare debet.

 Quia

Quia item secundum naturam est, ut incommoda cujusque rei sequantur eum, quem sequuntur emolumenta, neq; audiendus est is, qui lucrum quidem amplecti velit, onus autem ei annexum recuset: prætor æquitate motus voluit patrem & dominum etiam vicissim obligari & conveniri posse ex contractibus filiorum & servorum, cum commoda inde sentiant. *l. 1. D de inst. act. arg. l 10. D. de R. I.* Deinde hoc quoq; universè de istis actionibus sciendum, eas non esse ex uno quodam & certo negotio vel contractu, ut actio empti nascitur ex emptione, locati ex locatione: Depositi ex depositione. *Cujac. in par. C. de instit. & exerc. act.* Sed esse negotiorum & contractuũ omnium. Unde volunt has actiones esse potius adjectiones sive adventitias qualitates aliarum, *arg. l. 19 de in rem verso. & l. 1. C. h. t.* ut rem emit à te servus meus: ex eo negotio datur tibi contra me actio de peculio: conduxit vel rem à te accepit in causam depositi, in causam commodati vel pignoris, datur tibi contra me actio locati, depositi, commodati, pignoratitia, sed cum adjectione de peculio, & sic de cæteris actionibus. Nam quod de una specie earum, nimirum. Quod jussu, dixit *Vlp. in l. 10. §. illum. D. de fideiuss.* eam ad omnes contractus referri, idem de reliquis etiam verum esse intelligemus.

Tertiò in genere observandum, quasdam harum 6. actionum dari in solidum, ut actio quod jussu, actio exercitoria, actio Institoria: quasdam non semper in solidum, sed quatenus patitur peculium, vel quatenus in rem domini versum est.

Quartò quædam harum actionum dantur ex negotio, quod sciente & volente patre vel domino gestum est, cum filio aut servo, ut fit in IV. prioribus: quædam eo ignorante, ut de peculio & de in rem verso, ut mox in singularum explicatione apparebit, quam nunc aggrediemur. Ubi hoc etiam prius admonuerimus, quod ad methodum pertinet. Satis esse si de domino dicamus, quomodo is ex contractu servi obligetur. Nam in plerisq; omnibus eadem est conditio & idem jus etiam in persona patris & filijfam. ut de una parte dictũ de altera quoq; intelligendum sit. Si quid proprium ac peculiare sit in persona filiorumfam. & parentum, id seorsim adnotari poterit: ut fiet infra *in §. illud. propriè* Vbi plures etiam differentias inter hos indicabimus.

Ad §. 1. Si igitur jussu.

Actio quod jussu hîc prima est, de qua in Pand. postremo loco agitur. Rationem ordinis hanc esse puto, quia major esse videtur vis & efficacitas voluntatis per jussum domini expressæ quã simplicis scientiæ & patientiæ vel etiã ignorantiæ, quæ in cæteris, quæ sequuntur, actionibus intervenit. Nomen accepit hæc actio à primis edicti verbis, ut & aliàs factũ. Datur autem actio Quod jussu ei, qui cum servo jussu domini contraxit vel negotium gessit, & datur contra dominum, & quidem in solidum datur *ut hic & l. 1. D. quod jussu*. Jussu igitur domini non interveniente hæc actio non datur, *l. ult. C. h. t.* Idemq; est etiamsi jussum semel interpositum postea revocatum sit re integra, id est, antequam servo credatur. *d. l. 1. §. sed ego.* Potest autem dominus jubere vel verbis & testato, id est, adhibitis testibus, vel per epistolam, vel per nuncium, *d. l. 1. §. 1.* Verbis dixi, non quasi certa & sollennia verba hîc sint necessaria, ut in stipulationibus, sed qualiacunque sufficiunt. Item

Item jubere potest quis vel generaliter : ut quodcunque voles negotium gerere cum Sticho servo meo, gere periculo meo : vel specialiter de uno contractu, ut quod in emptione prædiorum cum servo meo contraxeris, periculo erit. *d. §. 1.* Semper autem non ultra tenetur dominus quàm jusserit : ut si jusserit servum accipere pecuniam mutuam usuris semissib. & servus creditori constituerit hypothecam in prædijs domini, tenetur quidem dominus, ex contractu mutui, sed pignoris nomine non tenetur, cujus obligatio locum non habuit. *l. 3. D. Quod jussu.* Nam ut mandati fines diligenter custodiendi sunt. *§. is qui exequitur. supr. de Mand. & l. 5. D. eod.* Ita & in jussu res habet. *d. l. 3.* Præterea jussus hic complectitur etiam mandatum, item subscriptionem Chirographi à servo dati, item ratihabitionem *d. l. 1. §. sed & si & 2. seqq. D. Quod juss.* Nam & aliàs ratihabitio solet retrotrahi & mandato comparari. *c. ratihabitionem. de R. I. in 6.* An & fidejussio domini pro servo jussus vim habet? Id negat. *l. 1. §. sed et si. D. d. t. & l. 8. C. h. t.* Quamvis ex fidejussione conveniri possit dominus, ut quilibet alius. Sic non est jussus neque ratihabitio habenda, etiamsi servum alienum, cum quo tu antea contraxeras meo jussu, postea redemerim. Non enim tenebor tibi actione quod jussu, quia jussus in alieno servo nullus fuit. Non debent autem actiones, quæ ab initio nullæ sunt, ex eventu & ex post facto confirmari. *l. 2. §. ult. D. Quod juss. l. quod ab initio. D. de R. I.* Dixi, cum servo, intellige, proprio. Nam in alieno, ut jam dixi, jussus est inutilis. Quod autem de servo jus est & de filio: idem etiam est in ancilla, itemque in filia. *l. 2. D. Quod jussu.* Nam & aliàs Masculinum comprehendit sub se fœmininum, ut explicari solet *in l. 1. D. de V. S.* Dixi jussu domini & contra dominum.

Hic notandum est, si pupillus jusserit sine tutoris autoritate, eum hac actione non teneri. *d. l. 1. § si pupillus. D. Quod jussu.* Non enim obligatur pupillus ex ullo negotio sine tutoris autoritate, *ut supr. dictum tit. de aut. tut.* Deinde Domini appellatione hìc venit etiam fructuarius sive qui usumfr. habet in servo, Item bonæ fidei possessor. *d. l. 1. §. pen.* Licet aliàs hic servus respectu fructuarij sit alienus, nimirum proprietarij, *ut d. est tit. supr. de hæred. instit.* Quid si Tutor vel curator vel procurator jusserit contrahi cum servo pupilli vel adolescentis vel domini? In quem dabitur actio? Resp. Semper in eum datur, cujus est servus. *d. l. 1. §. ult. & l. 2. D. Quod juss.* Aliud est in administratore rerum ad civitatem pertinentium. Nam si jussu administratoris negotium contractum sit cum servo civitatis, non contra civitatem, sed contra ipsum hæc actio dabitur. *l. pen. D. d. t.* Ratio differentiæ est, quia civitas tota conveniri non potest, sed ejus syndicus. Denique dixi, Actionem quod jussu esse in solidum. Ratio est, quia qui ita contrahit cum servo jussu domini, ipsius domini fidem sequi videtur, ut hìc ait Imp. Id est, quodammodo cum eo contrahit, qui jubet. *l. 1. in pr. D. Quod jussu.* Quemadmodum etiam aliàs qui facit per alium perinde est ac si ipse faceret. *c. 72. de Regul. jur. in 6.* Ut qui mandat solui, ipse soluere videtur. *l. 56. D. de solut.* De hac autem formula : sequi alicujus fidem, vel nomen, vel personam vel voluntatem. *d. supr. ad §. per traditionem vers. vendita de Rerum divis.*

tamen etiam Magister ipse conveniri ab eo, qui cum illo contraxit. Quo casu actio civilis dabitur, cui non obstat hoc edictum. *d.l.1.§.est autem & §.penult.l.5.§.1.D.d.t.* Quid ergo si plures navem exerceant vel per se ipsos vel per servum communem aut alienum? Resp. Quilibet in solidum tenetur. *d.l.1.§. ult. cum 3. ll.seqq.l.6.§ 1.D.de exerc. act.* Non enim debet in plures adversarios distringi qui cum uno contraxit *d.l.2.* Quod & aliàs in jure caveri solet. Unius tamen solutio totam obligationem perimit. Datur etiam hæc actio uni ex pluribus exercitorib. contra cæteros, qui videlicet cum magistro contraxerit. *l.5.§.ult.D.de exerc. act.* Datur item contra patrem vel dominum exercitoris sive cum magistro, sive cum ipso exercitore contractum sit, sed ita demum datur, si ejus voluntate exerceat, ut prolixius declarat Vlp. *in d.l.1.§. si is qui & §§. seqq.* Sed an exercitori quoque in eos qui cum magistro contraxerunt, hæc actio datur? Sive, estne hæc actio etiam contraria sive mutua? Id rectè negat Vlp. *d.l.1.§. sed ex contrario.* Et rationem addit, Quia exercitor non indigebat eodem auxilio, id est, actione prætoria. Quid ita? Quia sufficiunt ipsi actiones civiles contra magistrum, Locati videlicet si magistri operam mercede conduxerit: vel mandati, si gratuita sit opera. Si verò servum quis proposuerit, actionem contra illum nullam habet.

Dixi denique, In solidum hanc actionem dari. Ratio est eadem quæ in superiori actione, cui etiam accedit utilitas navium, quarum tuitio ad summam Rempub. pertinet, ut ait Vlp. *d.l.1.§. licet.* Et deciperentur qui cum magistro contrahunt, nisi is, qui præposuit, omnia ejus facta præstare cogeretur. *d.l.1.§.5. Magistrum* Est tamen cum non in solidum hæc actio datur, ut explicat Africanus *in l.ult.D.d.t.* De quo *vid. Cujac.Tract.8. ad Afric.* Postremò de hac actione sciendum, Eam, quamvis prætoria sit, tamen esse perpetuam, & hæredib. atque in hæredes dari. *l.4.§.ult.D. d. t.* Quæ de exercitoria diximus, eadem ferè etiam de Institoria dicta putato. *arg.l.ult.§.ult.D.de exerc. act.* Nam ut illa datur contra exercitorem ex contractu facto cum magistro, qui navi est præpositus: Ita hæc contra dominum tabernæ sive negotiationis ex contractu habito cum Institore, id est cum eo qui tabernæ vel negotiationi præfectus est. Discrimen igitur solum inter hos facit locus negotiationis. In exercitoria est negotiatio marina vel fluviatilis: in hac est terrestris sive mediterranea.

Institor, unde huic actioni nomen datum est, vocatur Latinis, qui tabernæ aut cuilibet negotiationi præfectus est. *l.18. D. de instit. act.* Inde nimirum, quòd negotio gerendo instet, id est diligenter id curet & urgeat. *l.3. D. de instit. act.* Quomodo Nævius Poëta dixit, Instare mercaturæ, in versu quem refert Nonius Marcellus. Instat mercaturæ; spero, rē faciet: frugi est homo. Quintilianus: institor eloquentiæ, id est, jactator, venditor.

Veteres etiam officinatorem dixerunt, ut Cujacius observavit *in parat.Cod.* Sed quò magis appareat similitudo hujus actionis cum superiore, consultum videtur, si per aliquot capita earum inter se comparationem instituerimus.

I. Ergo

I. Ergo in neutra actione quicquam interest, quis sit præpositus, Mas an fœmina, Item liber an servus: & hic proprius an alienus, an ancilla, an pupillus, an pubes? *l. 2. cum 4. seqq. D. de instit. act.*

II. Utrobique si pupillus præponat necessaria est auctoritas tutoris, ut etiam diximus in actione Quod jussu. *l. 9. D. d. t.*

III. Utrobique spectanda est conditio sive lex propositionis. Non enim omne quod cum institore geritur, obligat eum qui proposuit: sed ita demum, si ejus rei gratia, cui præpositus erat, contractum sit, *ut hic in verb. ejus rei causa. l. 1. §. non tantum cum aliquot seqq. & l. 11. §. conditio. D. de instit. act.* Ubi hoc exemplis declaratur. Quid si dominus negotiationis vel palàm proscribendo vel denunciando prohibuerit, ne cum præposito contraheretur? Resp. Is non habebitur loco præpositi, sed magis est custos quàm Institor: & proinde hæc actio non dabitur. *d. l. 11. §. de quo & § sed si in totum & l. 17 §. penult. D. h. t.* Habet enim exceptionem, si ille illi non denunciaverit, ne illi servo crederet, quæ tamen per replicationem de dolo elidetur, si quis nolit id quo locupletior factus est, solvere. Nam dolo malo facere videtur qui ex aliena jactura lucrum quærit. Huc pertinet. *l. 16. si cum villico. D. h. t.* Ubi negatur dominus teneri institoria ex contractu cum ejus villico habito. Non enim propter quæstum ac negotiationem, sed ad fructus colligendos præpositus est villicus.

IV. Utrobique si plures sint qui exercent navem aut tabernam, datur contra singulos actio in solidum. *l. 5. §. 1. l. 13. §. ult. & l. seq. D. de instit. act.* Is autem qui soluit consequetur partem à cæteris vel judicio societatis vel communi dividundo. *dd ll.*

V. Utraque actio est in solidum. *l. 5. §. 1. & passim. D. de instit. act.*

VI. Utraque est contraria, id est, neutra datur ei qui præposuit. *l. 1. vers. sed non idem. D. de instit. act* Rationem exposui *supr.*

VII. Cum utraque actione concurrunt etiam aliæ, ut de institoria docetur *in l. 12 in pr. D. d. t.*

VIII. Utraque actio est perpetua, & datur tàm hæredi quàm in hæredem. *l. 15. D. de instit. act.* Postremò de hac actione notandum, Eam in multis casibus esse utilem & ad Exemplum institoriæ dari. Unde etiam quasi institoria vocatur, ut videre licet *in d l. 5. §. idem ait. l. 13. & 16. & pen. D. de instit. act.*

Ad vers. Istas tamen duas.

Hæc jam supra explicata sunt, videlic. nihil interesse, cujus conditionis sit is qui præponitur vel navi vel tabernę. Semper enim verum est, eum qui cum præposito contrahit, fidem domini præponentis secutum esse, & cum ipso quodammodo contraxisse. Et sibi imputare debet is qui præposuit, *ut ait l. 7. in fi. D. de inst. act.* Ut plurimum tamen servos vel filiosfam. suos præponere solebant. Unde tit. quoque sic habet: Quod cum eo qui in aliena pot. relatione habita ad id, quod potissimum est, & ut plurimum fit. *arg. l. 3. D. de ll. & l. 10. D de stat. hom. & Cicero ait 5. de Fin.* Ex eo quod maximas partes continet, latissimeque funditur, tota res appelatur. Quod ait Imperator, quia eadem æquitatis

tatis ratio interveniat, &c. Argumentum est ab identitate rationis, ut vocant. *l. 32. D. ad l. Aquil.* Et eleganter *Cicero in Topicis* Valeat, inquit, æquitas, quæ paribus in causis paria jura desiderat. Vide Topica Everhardi.

Ad §. 3. Introduxit.

Tributoria actio à tribuendo, id est, distribuendo dicta est, ut solent JC. veteres libenter uti simplicibus verbis pro compositis, ut sup. Si paret, pro si apparet. Vocatur etiam intribuere. *l. 9. §. ult. D. de trib. act.* Datur autem hæc actio creditoribus servi mercis peculiaris nomine: in qua servus negotiatus est sciente domino, & datur ad merces illas inter creditores, & dominum pro rata portione distribuendas, si forte domino quoque debeatur, *ut hic & l. 1. ac t. tit. D. de trib. act.* Sed hæc ita breviter proposita paululum evoluamus, ut melius intelligantur. 1. Ergo ut tributoria actio locum habeat, requiritur, ut cum servo cõtractum sit in merce peculiari sive ejus nomine. 2. Ut sciente domino servus negotiat⁹ sit, *ut hic & d. l. 1. l. 5. §. Mercis nomine. D. de tribut. act.* Mercis appellatione quid contineatur, quid non, docet Vlp. *in l. 66. & Africanus in l. 207. D. de V. S.* Licet autẽ aliàs angustior sit mercis appellatio, hoc tamen edictũ ad omnes negotiationes porrigendum est. *l. 1. §. 1. D. de trib. act.* Et aliud est merx peculiaris, aliud peculium. Potest enim esse peculium, ubi tamen nullæ sint merces peculiares & contra, possunt esse merces, ubi nihil sit in peculio. Vel denique Peculium potest pro parte constare ex mercibus, ut videre licet *in d. l. 1. §. peculiarem. & l. pen. D. de trib. act.* Unde fit, ut diversum quoque jus sit hujus actionis & ejus, quæ est de peculio, ut infr. apparebit.

Quid si is, cum quo contractum est, non sit servus noster, sed vel liber homo, vel servus alienus bona tamen fide nobis serviens. Item quid si fructuarius? Resp. Adhuc idem jus erit, modò merx ad nos pertineat, in qua negotiantur peculiariter. *l. 1. §. ult. D. de trib. act.* De servo communi quid juris sit videte *in l. 3. d. t.* Et hîc notanda est. I. Differentia hujus actionis à superioribus. Illæ namque ex contractu etiam liberorum hominum & servorum alienorum, qui bona fide nobis non serviunt, in nos dantur. Parvi etiam refert, An cum ipso servo, an cum ejus institore contractum sit. *l. 5. §. item. D. de trib. act.* II. Dixi requiri scientiam domini, id est, ut Vlpianus interpretatur, patientiam ac permissionem. Satis est enim si dominus non nolit, si non protestetur & contradicat negotiationi servi. *d. l. 1. §. Scientiam.* Et hæc altera est differentia hujus actionis à tribus superioribus. In quibus non sufficit scientia sive patientia, sed requiritur hoc amplius jussus & præpositio aut certè ratihabitio, id est, expressa & evidens scientia ac voluntas, *ut supr. d.* Hîc verò etiamsi absque jussu negotietur, modò sciat dominus, tenetur tributoria actione. Eadem hæc particula etiam discernit istã actionem à duabus sequentibus, in quibus non exigimus scientiã domini. *§. præterea infr. h. t.* Quomodo autem pupillus & furiosus ex contractu habito cum ipsorum servo, qui in merce peculiari negotiatus est, sciente Tutore vel curatore, teneantur, *vid. in d. l. 3. §. 1. & ult. D. d. t l 3. D. Quando* ex facto tutor. Sequitur de vi & effectu hujus actionis, & quid in eam veniat. Et jam dixi

venire in illam distributionem mercium peculiarium inter creditores & Dominum: Distributionem inquam faciendam inter hos pro rata debiti cujusque sive pro rata ejus quod cuique debetur, *ut hîc & l. 5. §. sed si duo & §. ult. D. de tribut. act.* Dominus enim hîc vocatur in tributum cum creditoribus, ut quilibet extraneus, neq; utitur hîc illo privilegio deductionis, quod habet in actione de peculio. *d. l. 1. D. de trib. act.* Et hoc est quod dicitur *in §. Cæterum infr. h. t.* Conditionem domini hîc non esse præcipuam, sed ejusdem juris ipsum esse, cujus sint cæteri creditores. Ratio diversitatis, cur in actione de peculio pri⁹ deducere possit dominus quod sibi alijsve in eadem potestate debetur, hîc non possit, hæc est: Quia actio de peculio datur de contractu ignorante domino facto. Tributoria vero eo sciente & patiente. Videtur igitur hîc beneficio suo renunciâsse, dũ non prohibuit, cum posset protestari.

Omnium.g. Creditorum æqualis hîc est conditio, & quidem quandocunq; agant. In quo etiam differt hæc actio ab actione de peculio, quòd in illa melior est conditio occupantis, id est, prius agentis aliosve prævenientis: hîc non est. *l. 6 D. de trib. act.* Ideoque si unus creditor tribui desideret, cavere debet, si qui alij creditores postea emerserint, se refusurum ipsis pro rata. *l. 5. §. ult. & l. 7. D. d. t.* In eo tamen potiores sunt partes domini quàm cæterorum creditorum, quòd illius omnia debita sive ex merce peculiari sive ex quacunque alia causa contracta hîc attenduntur. *l. 5. § sed est quæsitum. D. de trib. act.* Cæterorum creditorum tantùm ea, quæ sunt ex contractu super merce peculiari: nisi ipsam mercem pignori acceperint. *d. l. 5. §. quid tamen & §. planè.* Deinde in eo quoque plus conceditur domino quàm cæteris creditoribus, quod ipsi permittitur distributio: quamvis hæc molestia potius quædam esse videatur, *ut indicat Vlp. in l. 7. §. 1. D. de tribut. act.* Quare potest dominus recusare eam molestiam distributionis & mercibus cedere, eoque casu prætor arbitrum in hanc rem dare debet. *d. l. 7. §. 1.* Non solùm autem ipsæ merces partiendæ sunt, sed etiam ea, quæ servus ex pretijs mercium comparavit, & in peculium redegit. *d. l. 5. § non autem totum & aliquot §§ seqq.* Quòd si de iniquitate distributionis dolo factæ aliqui creditorum conquerantur & minus quàm oportebat sibi tributum esse dicant, ad hanc iniquitatem corrigendam tributoria actio ipsis datur, *ut hîc & d. l. 7. § si cujus & §§. seqq. l. ult. D. de trib. act.*

Ubi explicatur, quomodo minus tribuatur. Et hæc actio datur etiam contra pupillum cujus rationibus tutor favit per iniquam distributionem & qui ex fraude tutoris factus est locupletior. Nam ut dolus tutoris pupillo nocere non debet: ita neque prodesse. *l. 3. §. 1. & ult. D. de trib. act. l. 3. D. Quando ex fact. tut.* Ex quo intelligimus, non aliter hanc actionem competere quàm dolo interveniente. *d. l. 7. in verb. Si cujus dolo malo factum est & l. 8. in fi. D. de trib. act.* Nec tamen hæc actio propterea est de dolo, sed rei persecutoria. Unde fit, ut etiam perpetua sit, & hæredi atque in hæredem cæterosque successores detur de eo, quod ad ipsosos pervenit. *d. l. 7. §. ult. & 2. ll. seqq.* Non enim debet hæres lucrari ex dolo defuncti, sed lucrum injustum ipsi extorquendum est, *ut dicam inf. ad §. 1. de perpet. & temp. act.* De concursu autem hujus actionis cum alijs ut de pecu-

peculio & cæteris: & de electione est. *l. 5. §. 1. l. 9. §. 1. & l. pen. D. de trib. act.* Sed hic locus explicandus erit *infr. ad §. Cæterum.*

Ad §. 4. Præterea introducta.

Restant explicandæ duæ actiones de in rem verso & de peculio, quas Imp. hîc conjungit, ut etiam conjunguntur *in l. penult. C. h. t.* Partim ideò, quia utraque tum datur, cum sine voluntate domini, id est, eo ignorante negotium à servo gestum est, *ut hîc in pr.* partim etiam ideò, quia una est actio, & illa qua de peculio, & illa, qua de in rem verso agitur, quamvis duas habeat condemnationes. Quod quomodo intelligendum sit, infr. exponam ad vers. Licet enim. In eo igitur potissimum differunt hæ actiones à superioribus, quòd ibi scientia requiritur, hîc ignorantia domini. *l. 3. C. h. t.* Quamvis etiam locum habeat actio de peculio & de in rem verso eo casu, quando dominus jussit & præposuit, & scivit servum suum negotiari, *ut infr. dicetur ad §. cæterum.* Sed hîc quoque spectamus id quod est potissimum, quodque utplurimum accidit. Causa igitur actionis de in rem verso est negotium à servo gestum ad utilitatem domini, si ex eo alterius debitor factus sit. Nam quibus casibus procurator vel negotiorum gestor haberet actionem mandati vel negotiorum gestorum, toties de in rem verso est actio, si servus vel filiusfam. aliquid impenderit, ut aut meliorem, aut certè non deteriorem rem haberet dominus vel pater. *l. 3. §. & regulariter. D. de in rem verso.* Quid sit in rem vertere declarat hîc Imp. aliquot exemplis, ad quæ conferuntur quæ sunt *in l. 3. §. 1. & seqq. D. de in rem verso.* in multis aliis legibus. Non solùm autem si quid necessariò impensum fuerit in rem domini versum intelligitur, ut hîc dicitur: sed etiam id quod utiliter. Nam id addendũ est huic loco *ex l. 5. §. quod servus. D. d. t.* Quid si ad voluptatem magis quàm ad utilitatem vel necessitatem pertineat id quod impensum est? Resp. Vlp. id non videri versum. *d. l. 3. §. sed si mutua. D. de in rem vers.* Cui obstare videtur. *d. l. 3. §. 6. nec non illud,* ubi pecunia dicitur versa in rem domini, qua servus domino emit unguenta & odores ad materiam luxuriæ & ad delitias. Sed hoc ideò, quia volenti domino hæ res emptæ sint: non debet igitur locupletari cum alterius jactura. *l. nam hoc natura D de cond. ind. l. jure natura. D. de R. I.* Benè autem notand. quod ait Imp. si creditorib. ejus (scilicet domini) soluerit. Nam si in hoc mutuatus fuerit servus, ut suo creditori solueret, non erit in rem domini versum, quãvis dominus actione de peculio liberatus sit. *l. 11. quod servus. D. d. t.*

Quid si res perierit, quam servus ad utilitatem domini convertere destinarat? Adhuc tamen versum videtur in rem ejus. *l. 3. § unde rectè & l. 17. servus. D. d. t.* Ubi hoc probat Africanus exemplo procuratoris & negotiorum gestoris, quibus tamen actio datur contra dominum negotiorum, etiamsi pecunia, quam pro nobis impensuri acceperant mutuam, perierit, modò sine ipsorum culpa. Nam casus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præstantur, ut *supr. d. lib. 3.* Quid, si servus deceperit creditorem, & acceperit quidem ab eo pecuniam mutuam, quasi in rem domini versurus, nec tamen verterit? Hoc nomine dominus non tenetur de in rem verso. Non n. debet ipsi nocere vel credulitas creditoris,

vel calliditas servi, Ideoque curiosius esse debet creditor & attendere, quonam vertatur. *l. 3. §. sed si sic. D. de in rem vers.* *Facit huc l. ult. D. de exerc. act.* Quòd si pars tantum versa sit, de parte actio erit. *l. 10. §. in rem. D. de in rem ver.* De residuo verò peculiotenus agetur, *ut hîc vers. itaq; ubi exemplum affertur satis clarum.* Non igitur semper in solidum est hæc actio, sed quatenus in rem versum fuerit, quod interdum potest esse minus quàm sit debitum, *ut l. 1. D. h. t.* Quid si nihil sit versum? De eo erit actio, de peculio, ut id præstet dominus, quatenus peculium patitur, sive quatenus est in peculio. Si ergo nihil erit in peculio, nihil etiam à domino creditor cõsequetur. Neque hoc iniquum videri debet, cum sibi imputare debeat, qui non diligentiùs explorârit, an servus vel filiusfam. peculium haberet, & quantum in eo esset, Item an in rem domini vel patris converterit, necne. Nam qui cum alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus. *l. 19. D de R. I.*

Advers. Licet enim.

Quod ait Imp. unam esse actionem de peculio & de in rem verso, id quidam acceperunt de causa harum actionum eadem & communi, Quia scilicet utraque nascatur ex negotio ignorante domino gesto. Sed occurrit Imp. objectioni, quæ ex superioribus nasci poterat talis. Dixisti, Dominum interdum teneri partim de in rem verso, partim de peculio, id est, duabus actionibus, Imò verò una duntaxat hîc videtur esse actio, nimirum de peculio. Nam actio de in rem verso hîc non tàm est separata quædam actio, quàm adjectio & appendix actionis de peculio. *l. 1. in fi. & l. 19. D. de in rem vers.* Resp. Imp. primò per concessionem, Deinde per illationem. Concedo, inquit, actionem de in rem verso non esse hîc separratam, sed potius accessionem quandam actionis de peculio. Sed tamen etiam hoc negari non potest, quin duæ hîc sint condemnationes, dum videlicet dominus & condemnatur de eo, quod in rem suam versum est, & quidem in solidum condemnatur, etiamsi nihil esset in servi peculio: & de eo, quod non est versum, condemnatur, quatenus vires peculij ferunt. Ex his apparet quod Imp. hîc concedit unam esse actionem, id non esse producendum extra speciem propositam. Nam alioqui fieri potest, ut sit actio de in rem verso, ubi tamen cesset actio de peculio, ut si dominus sine dolo malo ademerit servo peculium. Item si peculium morte vel manumissione servi extinctum sit & de peculio actio intra annum utilem non fuerit proposita. *l. 1. §. 1. D. de in rem ver.*

Advers. Cum autem.

Ut in actione superiori de in rem verso expositum fuit, quid esset in rem versum: Ita in actione de peculio scire oportet, quomodo peculium æstimetur, sive quid in peculio computetur, quid non. Ita enim sciemus, quantum dominus creditorib. servi præstare debeat. Nã quod in peculio non est non præstabit. Igitur in peculij cõputatione 1. deducim⁹ id, q̃ servus domino debet. *l. 5. §. ult. & l. 9. §. 2. D. de pecul. l. pen. C. h. t.* Ratio est, quia domin⁹ creditur prævenisse & cũ servo suo egisse ante alios creditores. *d. l. 9. §. 2.* Jam v. in actione de peculio melior

melior est cõditio occupantis *l.10.D.d.t.* Secus quàm in actione tributoria, *ut sup. d.§. praeced.* Deinde prius deducitur id, quod servus iis, qui in eadem sunt potestate, id est, conservis suis vel filiofam. herili debet. Nam hoc quoque domino debetur. *d.l.9 §.3.* Quid ita? Quia obligationes nobis acquiruntur per illos, quos in potestate habemus, ut audivistis supra *de stip.serv.* Intelligenda est autem in servo tantùm naturalis obligatio. Nam civilis & vera in servum non cadit. *l. 41. & l.49.D.de pecul.* Et ideo rectè Impp. *in d.l.pen.C.h.t.* ajunt, Quòd naturaliter servus domino debet: Qua de re plura dixi supra *ad tit.de obligat.* His deductis quod superest, id demum in peculio esse intelligitur, & eatenus dominus creditoribus cæteris tenetur & in id ipsis condemnatur, *ut hic & inf.§.prox.* Exceptio est in eo, quod à servo ordinario debetur ipsius vicario, quem in peculio habet. Id enim non deducitur, sed non minus computatur in peculio quàm ipse servus vicarius, *ut hic & l.17.D.de pecul.* Servus ordinarius passim in jure opponitur vicario, *ut d.l.17.l.11.§.denique.l.18.& 19.D.de pecul.l.5.§.1.D.de trib. act.l.19.§.ult. D.de nox.act.* Est autem ordinarius is, qui alterum servum in peculio suo habet. Vicarius qui habetur: Et ordinarius respectu vicarij est quasi dominus *d.l.17.* Ratio exceptionis est, quia tametsi vicarius sit conservus, in eo tamen differt ab aliis conservis, quòd ordinario ipsi à domino in peculium datus est: proindeque quod ab ordinario debetur vicario, id in ipsius vicarij peculio est, & per consequentiam in ipsius ordinarij peculio, in quo est vicarius. Ergo deduci non debet, sed in peculio computari. Plura de peculio dixi supra.

Ad §.5. Cæterum.

Quanquam, ut sup. dict. actio de in rem verso & de peculio datur contra dominum, quo ignorante servus contraxit. Hoc tamen non impedit, quo minus etiam eædem actiones dentur ei, qui contraxit cum servo, qui jussus est & præpositus navi aut tabernæ, Item cum eo, qui sciente ac patiente domino: concurrunt inquam actiones de in rem verso & de peculio, cum actione. Quod jussu, Exercitoriâ, Institoriâ, Tributoriâ denique. Latius enim patent actiones de peculio & de in rem verso. Sed quemadmodum aliâs semper in concursu plurium actionum eligenda est ea, quæ sit commodissima ac plenissima: Ita hîc quoque faciendum monet Imp. prout expedit, inquit in fin. Ita quisque hanc vel illam actionem eligere debet. Stultus enim erit, & malè sibi consulet qui in copia meliorum eliget deteriora. Ubi verò semel unam aliquis elegerit, non dabitur regressus ad aliam. *l.9.§.1.D.de trib.act.* Ut ecce: Actio quod jussu, item Exercitoria & Institoria dantur in solidum etiamsi nihil sit in peculio, etiamsi nihil sit versum in rem domini, eoq; longè meliores sunt & commodiores quàm de peculio vel de in rem verso. In his enim probatio incumbit creditori, quòd in utilitatem domini versum sit. Item quòd servus peculium habeat & quidem tantum, ut ex eo sibi satisfieri possit. Quæ probatio sæpè est perdifficilis. Si non sit quicquam versum in rem domini, vel non totum sit versum, Si item in peculio nihil sit, vel non tantum sit, nihil, vel certè non solidum creditor consequetur. Helleboro igitur opus fuerit ipsi, si spretis actionibus melioribus at-

que expeditioribus decurrat ad deteriores & difficiliores. Dixi etiam cum Tributoria concurrere actionem de peculio & de in rem verso. Sed in hac diversum est jus à prioribus tribus. Illæ enim semper sunt meliores actione de peculio & de in rem verso: Tributoria non semper: quia interdum præstat agere de peculio vel de in rem verso: *ut hic. & l. 9. §. 1. l. pen. D. de trib. act.* Nam si satis sit in mercibus peculiaribus, unde omnibus creditoribus satisfiat, tum verò præstat tributoria agere quàm de peculio, propterea quia in Tributoria dominus non habet privilegium deductionis, quod habet in actione de peculio. Non potest inquam prius deducere id, quod sibi vel his, quos in potestate habet, debetur, sed pari & æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocatur tanquam quivis extraneus, ut sup. dict. Sin autem parum sit in mercibus peculiaribus & plus in peculio: tum verò melior est actio de peculio quàm tributoria. Nam in hac actione id tantùm venit in divisionem, quod est in mercibus, quibus negotiatur servus. Potest autem id esse minimum, cum interea peculium sit amplum & locuples. At in actione de peculio totius peculij quantitas spectatur, in quo etiam merces peculiares continentur, ut hic docet *Imp. ex Cajo in l. pen. D. de trib. act.* Latius igitur patet peculium quàm merces peculiares. Quicunq; enim habet merces peculiares, idem etiam peculium habet, sed non contrà. Nam potest esse peculium in prædiis, in mancipiis, in pecunia fœnebri, ubi tamen nullæ sint merces.

Postremò interdum melior est actio de in rem verso quàm vel tributoria vel de peculio, in eo nimirum, quòd qui probare potest, totum id quod sibi debetur, in rem domini versum esse, solidum consequitur; Cum in Tributoria & de peculio non plus consequatur quàm est in mercibus, quàm est in peculio. Contrà si id probare nequeat, melius fecerit, si tributoria vel de peculio egerit.

Ad §. 6. Quæ diximus. & §. 7. Illud propriè.

Repetit admonitionem supra propositam initio tituli: & quod ibi pollicitus erat, se ostensurum separatim, si quid inter servos & filiosfam. esset discriminis: id hic exequitur. Est igitur hic velut exceptio superiorum. Regula hæc erat: Ex quovis contractu habito cum his, qui in alterius potestate sunt, datur creditori actio in dominum vel patrem una ex his sex, quod jussu, Exercitoria, Institoria, Tributoria, de in rem verso, de peculio, pro diversitate scilicet vel jussus vel voluntatis expressæ, vel scientiæ ac patientiæ, vel ignorantiæ, ut supra dict. Exceptio hæc est, Actio tamen pecuniæ filiosfam. creditæ submovetur atque eliditur exceptione SCti Macedoniani, sive ea actione conveniatur pater vel avus, qui in potestate habet, sive ipse filius aut nepos, Item sive proponatur actio dum adhuc durat potestas, sive illâ jam dissolutâ. Atque hæc est celebris illa Exceptio SCti Macedoniani, de qua est *totus tit. in D. & C. ad SC. Macedon.* De ea igitur nos quoque hic locus admonet ut paulò plenius dicamus. Et primò quidem neminem movere debet, quòd de ea exceptione hic tractetur

inter

inter actiones, ut fit etiam in D. & C. cum videatur potius reservanda fuisse *ad tit. de except.* Sed ordinis ratio est, ut tanto melius intelligatur, quatenus superiores actiones dentur ex contractibus filiorumfam. Nomen autem hoc SCtum accepit à Macedone, non filiofam. qui aliquando patrem suum interemerit, cum esset ære alieno gravatus, ut nugatur Theophilus, sed à fœneratore scelerato, qui pessimo exemplo pecuniis credere solebat filiisfam. incertis nominibus, ea lege, ut post mortem demum patris sibi redderent, atque ita materiam peccandi sæpè malis præstabat moribus, ut ait *l. 1. D. de SCto Maced.* dum scilicet liberi sæpè non expectata naturali parentum morte ipsorum vitæ insidias struebant, quo citius ipsorum bonis potiti & creditoribus & luxuriæ suæ satisfacerent, *ut hic in fi.* Et videatur locus apud Ciceronem *pro Rosc.* Ut igitur solent ex malis morib. nasci bonæ leges: Ita & Macedo iste fœnerator huic SCto occasionem præbuit, quod vocatur etiam decretum amplissimi ordinis *in l. 1. §. hoc SCtum. D. de SCto Maced. & l. 2. C. eod.*

Summa SCti est, quòd prohibet, ne quis pecuniam mutuam det filiofam. & si dederit, non ei actio petitioq; detur etiam post mortem patris. *l. 1. D. d. t.* De tempore facti hujus SCti nihil certi extat. Scribit quidem Tacitus *lib. 2. Annal.* Imp. Claudium lege lata coërcuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum filiisfam. pecunias fœnori darent. Scribit & *Sueton. in Vespasiano c. 11.* eum auctorem fuisse Senatui decernendi, ne fœneratoribus filiorumfam. exigendi crediti jus unquam esset, id est, ne post patrum quidem mortem. Sed neuter hujus SCti Macedon. expressam mentionem facit, Id tantum inde colligitur, Cum fœneratorum improbitas sæpè bonas leges vicerit, sæpè quoq; eam coërcendam fuisse, & leges malis moribus quasi sepultas atque inter mortuas renovandas ac resuscitandas fuisse, ut pulcrè docet Levinus Torrent. ad Sueton. Sed summa SCti breviter antea indicata evoluenda nobis est: Deinde casus aliquot exponendi, quibus cesset exceptio hujus SCti. Ait ergo Senatus: Ne quis pecuniam mutuam det, ne quis fœneret. *d. l. 1.* Non igitur prohibet omnes contractus cum filiofam. non venditionem, non locationem, non societatem, non fidejussionem &c. sed tantum mutui dationem, neque etiam cujusvis rei mutationem, non vini, non olei, non frumenti, sed tantum pecuniæ numeratæ. Differentiæ ratio est, quia alij contractus, item aliarum rerum mutuum non tàm sunt periculosa neque perniciosa parentibus quam pecuniæ datio, nisi contractus illi fiant in fraudem SCti *l. 3. §. pen. D. de SCto Maced.* v. g. Si cum filiusfam. à fœneratore mutuum peteret is que non ausit directò offendere SCtum, sed salvis ejus verbis sententiam circumveniat (hoc enim est fraudem facere legi vel SCto. *l. 29. l. 30. Digest. de Legib.*) ac proinde vendat rem aliquam filiofam. aut vinum vel frumentum ipsi det mutuum, quibus rursum venditis pretium inde redactum sibi habeat in vicem mutui, eoque precio utatur *d. l. 3. §. pen. l. 7. §. mutui. D. de SCto Maced.*

Etsi autem SCtum utitur verbo fœnerandi *d. l. 1. & l. 3. C. eod.* tamen non modò pecunia, quæ sub usuris mutua data est, ad SCtum spectat, sed ea etiam quæ

quæ sine usuris. *d.l.7.§.sive autem.* Quo pertinet quod etiam scriptura sacra fœnerationem dicit mutuo datam pecuniam, etiamsi usuræ non accipiantur ut ex B. Augustino annotat I. Drusius 2.*Miscell.c.68.* Quia vero mutuum non contrahitur verbis, sed re, id est, numeratione, non pertinet SCtum ad stipulationes, quibus numeratio non accessit.*d.l.3.§.pen.& ult.cum aliquot legib.seqq.* Nihil autem interest, quis filiofam. crediderit, utrum privatus, an civitas *l.15. D. d.t.* Nam & civitates in Jure nostro habentur loco privatorum. *l.16.D de V. S.* Porrò ait SCtum, Ne quis filiofam. det. Pertinet tamen etiam ad filiasfamiliâs *l. 9. §. hoc. SCtum.D.d.t.* Non inquam distinguitur quoad sexum, sed neque in ætate distinguit Senatus, sive inquam majori 25. annis, sive minori pecunia data sit, locus est SCto. Qua in re differt hoc SCtum à lege Lætoria, *de qua Cic.3.de offic.* Quam Legem Plautus in Pseud. vocat Quinam vicenariam: qua cavetur de circumscriptionibus adolescentum. Imò hoc SCtum maximè propter majores videtur factum, cum adolescentibus & pupillis aliter sit prospectum, dum scilicet in pupillo non est mutua pecunia sine tutoris autoritate. Minor autem causa cognita possit in integrum restitui *d.l.3.§ 2.D.de SC. Maced.* Tertiò nihil etiam refert cujus dignitatis sit filiusfam. Etiamsi consul sit, locum habet SCtum: excepto eo, qui habet peculium Castrense *l.1.§.ult.& l seq. D d.t.l.ult. C. eod.* De quo dicetur inf. inter casus, quibus cessat hoc SCtum. Pertinet etiam ad Nepotes & neptes, pronepotes & proneptes, *ut hic & l.6 C.eod.l.14.D.d.t.* Et quidem non obstante jussu Patris, qui est in eadem potestate. Si tamen filiusfam. publicè à plerisque habitus fuerit pro Patrefam. cessabit SCtum *l. 3. & l. pen. D. d.t.l.1.& 2. C. eod.*

Quid si jus potestatis sit in pendenti, patre scilicet capto ab hostibus? Hîc in pendenti etiam erit, an cesset SCtum, an locum habeat: Expectandum est igitur dum vel redeat pater, vel apud hostes moriatur. *l.1. §. 1. l. 7. §. sed etsi. D. de SC.Maced.* Si filiusfam. accepto mutuo in alterius potestatem transierit, datus videlicet in adoptionem, adhuc mens SCti manebit. *d.l.7.§ si filius.* Ait Senatus: Ne ei actio petitioque detur, Imp. hîc ait, actionem denegari, ut & JCtus *in d. l.1.§.1.l.7.§.non solum.& l.9.§.hoc SCtum D.de SC. Maced.* Non dari sive denegari dicitur actio, non quòd ipso jure nulla competat, sed quia non efficaciter dirigitur, ut ait *l.6. C.eod.*

Quod autem mutuum filiofam. licet contra prohibitionem SCti datum, tamen producat obligationem & actionem, id apparet I. ex eo, quod non opposita exceptione sequitur condemnatio. *l.11.D.d t.* II. Quòd potest huic obligationi accedere fidejussor. *l.7.l.9.§ non solum. & l.19.D.de SC.Maced.* III. Quòd si solverit filiusfam. vel ejus pater vel fidejussor, non habet repetitionem ejus quod solvit tanquam indebiti *l.7.§.ult.l.9.§.penult. D.d.t.* Passim autem appellatur hæc exceptio in legibus, & quidem perpetua exceptio, ut in *l.7. si filius. & §.quanquam.l.9.l.11.& l.19.D.d.t.l.1.C.eod.l.40. D. de condict. indeb.* In qua exceptione hoc est peculiare, quòd etiam post sententiam opponi potest executioni rei judicatæ, sicut etiam sup.d.de exceptione quantum quis facere potest. Datur autem hæc exceptio non solùm filiofam. ipsi, sed etiam patri & fidejussori ejus, & Man-

Mandatori & hæredi. *l.7.§.quanquam & l.9.§.non solum. D.de SC. Maced.* Et datur non modò contra ipsum qui mutuam dedit pecuniam: verum etiam contra successores ejus. *d.l.7.§ non solum.*

Restat ut dicamus, quibus casibus hæc exceptio cesset, quorum duos jam supra indicavi, nimirum I. Si filiusfam. habeat peculium Castrense. In eo enim vice patrisf. fungitur. *l.1.§.ult.& l.2 D.de SC.Maced.l ult. C eod.* Quamvis ibi non fiat mentio peculij Castrensis, sed tantùm filijfam.militis. Potest autem aliquis esse miles, qui tamen non habeat peculium Castrense, Ideoque hic casus à superiore distinguendus videtur.

II. Si filiusfam. affirmârit se esse patremfam. & quis non vana simplicitate deceptus, sed justa ratione ductus ipsi crediderit, puta, quia publicè paterfam. plerisque videbatur. *l.3 D.d.t.l.1.& 2.C.eod.* Communis enim opinio licet erronea hîc pro veritate habetur, & quodammodo jus facit, ut & supra *§.f. d cum aliquis tit.de test.ord l.3.D.de offic. prætor.*

III. Cessat SCtum, si filiusfam. vectigalia conducta habuerit *d.l.3.§.1. D.h.t.* Idque propter publicam utilitatem, & favorem vectigalium, in quibus est nervus Reipub.

IV. Si filiusfam. crediderit filiofamilias. Hîc enim non est pecunia mutua. Nam etsi forte libera peculij administratio ipsi à patre permissa est: tamen ea non continetur hoc, ut etiam filiofam. mutuum dare possit. Hoc enim est perdere. *d.l.3.§ 2.vers.si filiusfam Facit l.7.in pr.D.de donat.*

V. Si filiusfam. pro alio fidejusserit: nisi hîc quoque color quæsitus sit & fraus SCto cogitata *l.7.in pr.D.d.t.* Item si novationem promiserit quod alteri datum est mutuum. *l.13.D.d.t.*

VI. Si à filiofam. mutuum mihi reddi stipulatus postea demum crediderim jam patrifam. facto. *l.3.§.ult.D.h.t.* Sicut contra SCto locus est, si à patrefam. stipulatus postea filiofam. facto credam. *l.6.D.d.t.*

VII. Si filiusfam. postquam paterfam. factus est, solverit partem debiti, vel per novationem id promiserit, vel aliter debitum agnoverit *l.7.§. ult. & l.9. in pr.D.de SC.Maced.l.2.C.eod.l.40.D.de cond ind.* Si inquam novationem fecerit filius sciens conditionem suam, quòd jam sui juris factus sit. Nam si per ignorantiam facti, putans scilicet se adhuc in potestate esse, novatione facta eam pecuniam expromisit, potest quidem ipso jure pecunia peti ex illa stipulatione, Sed huic actioni obstabit exceptio in factum, *l.ult.D.de SC.Maced.*

VIII. Cessat, si filiofam. studiorum vel legationis causa alibi degenti mutuum datum sit ad necessarios sumptus & probabili modo *l. 7. §. quod dicitur D.de SC.Maced.l.5 C.eod.* Idem in universum dicendum est de omnibus sumptibus, qui patris oneribus incumbunt, *ut ait. l.2. C.d.t.*

IX. Cessat, si filiusfam. renunciârit hujus SCti beneficio. Azo quidem *ad tit.C.ad SC.Macedon.& Accurs.ad l.11.tamen si D.de SC.Maced.* negant, quos alij plerique Dd. sequuntur: *ut Iac.quem & Ioan Faber.& Ang.in Inst.tit.quod cum eo qui in al.pot.allegant.* Eamque vulgarem sententiam & Myns. & Cujac.refert *in recitat. Cod.*

Pppp Cur

Cur autem Mulier SCto Vellejano renunciare possit, filiusfam. Macedoniano non possit, differentiæ rationem reddunt istam, quia SC. Vellejanum in favorem mulierum factum sit, Macedonianum in odium fœneratorum. Dicitur quidem hoc *in l.40 qui exceptionem D. de condict. indeb. & l.9. §. ult. D. de SC. Macedon.* Sed inde non illud sequitur, quod Interpp. inferunt, Exceptioni Macedoniani renunciari non posse: Vellejani posse: verum hoc potius: Solutum per errorem à muliere repeti posse: à filio sui juris facto solutum repeti non posse. Ita enim ipse ibid. Martianus.

Liceat igitur nobis hic à vulgari sententia discedere & statuere, validam esse hanc renunciationem à filiofam. factam, etiam dum accipit mutuam pecuniam, eamque renunciationem ipsi filio præjudicare: ut quandoque agente fœneratore, & filio excipiente possit ejus exceptio infirmari replicatione: si non juri suo renunciarit. Dico, à filiofam. factam renunciationem valere. Nam de ea non dubitatur, quin posteaquam paterfamil. jam factus est ei renunciare possit. Sicut neque de illo dubitatur, quin respectu patris renunciatio illa nullas vires habeat, neque ipsius jus quicquam imminuat, cum sit res inter alios acta, & quisque suum jus, non etiam alterius paciscendo remittere ac deterius facere possit.

Sed de filiofam. cur ipsi putem suam renunciationem obesse, moveor his potissimum rationibus. I. Quia nusquam prohibita est in toto jure hæc renunciatio, quare ergo non censeatur permissa? Credibile est autem non fuisse Legislatorem hoc prætermissurum, si renunciatio nullius esset momenti. Quod autem Dd. adferre solent *l.11 tamen si D. de SC. Maced.* in ea L. de renunciatione οὐδὲ γρῦ: sed hoc tantum dicitur, hanc exceptionem, (quæ non tantum filiofam. ipsi & patri ejus, sed & fidejussoribus & mandatoribus competit) si omissa sit ante sententiam, atque ita condemnatio secuta, adhuc opponi posse adversus executionem rei judicatæ, quod ei cum exceptione SCti Vellejani, & paucis aliis peremptoriis commune est. Quomodo rectè eam *l.11. accepit Cujac. in Recitat. ad l.9. C. de probat.*

II. Quia mutuum non ipso jure nullum est, imò producit obligationem & actionem, sed tantum ope exceptionis infirmatur. Nam & tunc dicitur actio denegari vel non dari, quando ipso quidem jure competit, sed per exceptionem eliditur, neque efficaciter dirigitur: ut dixi ad Institutiones.

III. Quia hic ipsam exceptionem filiusfam. tacite omittere potest. *d. l. 11. D. de SC. Maced.* Quidni igitur etiam expresè eidem renunciare possit? cum non debeat minor esse virtus expressi, quam taciti, sed major plerumque.

IV. Quia & alias nemo invitus suo jure utitur, sed potest unusquisque suo juri renunciare *l. pen. C. de pact.* Nam beneficium invito non tribuitur. Cicero in orat. pro Balbo. Sed hic tria objici video: 1. quod hoc SC. non sit in favorem filiifamil. aut patris ejus factum, sive ut eos Lex exornaret: sed potius in odium fœneratorum, ut illos pœna afficeret, eorumque improbitatem coërceret *d. l.40. & d. l.9. §. ult.*

Deinde

Deinde quod hoc SC. jus quodammodo publicum contineat, cui privatorum pactionibus derogari non possit. *l.38.D. de pact.*

Tertiò, quod renunciatione admissa manebit ead. difficultas, idemque metus insidiarum, quibus tamen SC. occurrere & quæ avertere voluit. Eludemus inquam jus & effectum ejus SCti, quippe cum ead. facilitate ad renunciandum induci possit filiusfamilias, qua pecuniam accipit. Ad quæ responsio parata est. Primùm enim quamvis concedam, in odium & pœnam creditorum hanc exceptionem dari: tamen negari & illud nequit, quin respectu filiifam. & patris complectatur hoc jus aliquod beneficium, dum videlicet reddere quod acceperunt, non coguntur. Hoc beneficio non uti, sed illud repudiare & spernere, quid in ipsis liberum esse debeat? ex generali Regula *d.l.si quis.C.de pact.* cum similibus. Deinde omnino pernegandum est, hic versari jus publicum.

Est enim certe contractus privatus mutui, qui nullo modo ad jus publicum referri potest: nisi quis dicat securitatem vitæ parentum juris esse publici: quod ut fatemur, ita à mutuatione eam separandam contendimus. Tertium similiter negandum est. Renunciatio enim non eadem facilitate fiet, neque alij quam ipsi filio oberit: patri nequaquam, ut sup. dict. V. Quia Vellejani beneficio renunciare potest mulier pro alio intercedens: poterit igitur & filius Macedoniano. Licere autem nobis colligere à Vellejano ad Macedon. *arg. est.l.11.D.de SC.Maced.* Nec obstat quod illud SC. in favorem mulierum: hoc in odium fœneratorum factum esse dicitur, nam ad id supra responsum est: nihilominus etiam commodum quoddam filiifam. hic versari, quamvis causa, ut ita dicam, impulsiva fuerit Senatui odium improbitatis fœneratorum. Udal. Zas. aliis etiam quibusdam rationibus utitur, *lib.2.singul.resp.c.28.* ob quas non dubitat affirmare, validam hanc esse renunciationem, licet totus orbis contra sentiat. Sed eas refellit Giphan. *in tract. de renunciationibus.* Quamvis enim non parum se illis moveri fateatur, mavult tamen vulgarem Dd. sententiam sequi. His ita examinatis & discussis porrò quæritur: An saltem jurata renunciatio valeat, & SCti exceptionem in filiofam. cessare faciat? Si vulgarem sententiam amplecteremur dicendum esset *ex l.5.non dubium. C.de Legib.* Id quod contra LL. factum ipsoq; jure nullum est, ne jurejurando quidem confirmari posse: secundum Jus Canon. vero hoc jusjurandum esse servandum, quia citra dispendium æternæ salutis servari possit, neque in præjudicium tertij vergat *c. cum contingat.ext.de jurejur.c.licet.eod. tit. in 6.* Sed hoc negandum istam renunciationem contra jura & LL. prohibitionem factam esse. nam SC. Macedon. non prohibuit, ne filijfam. suæ exceptioni renunciarent, sed tantum creditoribus actionem petitionemque denegavit pecuniæ filiisfam. creditæ: intellige, si filiifam. exceptione sibi competente uti velint. Hanc enim si malint condemnari, licet ipsis omittere, *d.l.9 §.ult.& duab.ll.seqq. D.de SC. Maced.* Sed neque contra bonos mores est hæc remissio exceptionis, ut ob id dicendum sit cum Joan. Fab. & aliis, non esse obligatorium hoc jusjur. *c.non est obligat. de R.I.in 6.*

Illud quidem contra bonos mores imo nefas est, si filiusfam. vitæ patris insidietur, sed non etiam contractus mutui ab ipso habitus, neque de quolibet obærato adolescente tam tetrum parricidij facinus metuendum est. Hoc tamen non nego, Æquissimum videri ut dicamus, hanc renunciationem soli filio, non etiam patri ejus obesse, & patri nihilominus per SC. succurri, quamvis filius ei renunciârit.

X. Si ut alij solveret, mutuum acceperit, qui petens exceptione non submoveretur *l.7.§.si filius.D.de SC Maced.* Et his quidem modis ex persona filij cessat SC. Sunt & alij modi quibus cessat ex persona patris, Ut XI. Si pater jusserit filium suum accipere mutuum, & XII. Si pater id ratum habuerit, & XIII. Si scierit, nec tamen contrariæ voluntatis testationem interposuerit, Et XIV. Si in rem ejus versum sit, v.g. Si filiusfam. in id acceperit mutuum, ut pro sorore sua pecuniam illam in dotem daret. Quò etiam referri potest quod paulò antea dixi de causa studiorum & legationis. Videantur de his hæc loca: *l.7. §.sed & si filius. & §.proinde.l.12.si tamen l.16.& 17.D.de SC.Maced. l.2.4.5.& ult. C.eod.* Addunt quidam etiam hanc exceptionem, si alius aliquis contractus præter mutuum à filio sit habitus, ut si ex emptione sit obligatus. Et id quidem verissimum est tum cessare SC. *l.3.§.is a.solus.D.d.t.l.3.C.eod.* Sed hæc non videtur vera esse exceptio, cum non sit de regula. Nam SC. expresè cautum est tãtum de pecunia mutua *d.l.1.D.de SC.Maced.* Extra hos igitur casus locum habet SCtum Maced. de quo quia ejus usus quotidianus est, paulò pleniùs hîc attingere volui, secundum *l.25.D.de lib.leg.*

Ad §. ult. Illud in summa.

Postquam explicavit de exceptione SCti Macedon. quæ objici potest creditori, qui filiofam. pecuniam mutuam dedit: Redit jam ad ea, quæ communia sunt in servis & filiis quo ad has actiones, & docet cum omnibus his actionibus, excepta actione tributoria & de peculio, concurrere etiam actionem directam & principalem, quæ contra patrem vel dominum ipsum suo ac proprio nomine detur, omissa mentione servi vel filij, omissa quoque mentione jussus vel præpositionis & in rem versi. Est ergo in arbitrario creditoris, qui cum filio vel servo contraxit, indeque sibi acquisivit vel actionem quod jussu, vel Exercitoriam vel Institoriam vel de in rem verso, Est inquam in ejus arbitrio positum, utrum malit his actionibus contra patrem vel dominum uti: an verò directâ & principali cum iisdem experiri.

Cujus rei ratio hæc redditur, quia qui ex contractu cum servo habito aliquam actionem ex his IV. causis nactus est, pro eo habetur ac si cum domino ipso contraxisset. Hanc vim habet jussus, præpositio & versio in rem domini, ut supra latius explicatum. Hinc simul intelligitur ratio, cur aliud sit receptum in actione tributoria & de peculio: Cur inquam cum his non concurrat directa in dominum actio, quia ut supra dictum, hîc deest jussus, deest expressa voluntas domini: sed vel ignorantia ejus intervenit, ut in actione de

de peculio, vel certè patientia tantum & non nolle: quæ est dilutior voluntas, ut proinde hîc non possimus dicere, videri cum ipso domino contractum esse vel negotium gestum. Ait Imp. Condici posse, id est, per condictionem certi peti. Nam ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, certi condictio competit. *l. 9. D. de reb. cred.* Utrumque dicitur: condicere alicui, & condicere ab aliquo. *l. 1. & 2. D. de condict. sine causa.*

AD TIT. VIII. DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dictum est superiore tit. quomodo ex contractibus eorum, quos in potestate habemus, teneamur. Sequitur ut exponamus, quomodo ex delictis sive maleficijs eorundem obligemur: ex damnis inquam per servos, per liberos, per quadrupedes nostras alteri datis. Summa est, Dominum ex delicto servi, quo is alteri nocuit, item ex damno per animal suum dato teneri noxalibus actionibus, quibus olim etiam pater ex delicto liberorum tenebatur, sed hodie non amplius. Etsi autem verbum noxalium actionum generale est interdum, ut non solum de actionibus, quæ contra dantur, ex delicto servi, sed etiam de actionibus, quæ ex damno quadrupedis usurpetur, ut apparet *ex init. tit. prox. infr.* Tamen docendi causa rectè hæ actiones separantur, *arg. §. hoc autem casu. sup. Quib. mod. test. inf.* Et noxales actiones appellantur eæ tantum, quæ contra dominum ex delicto servi dantur, *ut h. t. n. & tit. D. & C. de nox. act.* De verbo ut prius dicamus. Noxales actiones dicuntur à noxa. Noxa verò vel noxia à nocendo est delictum, quo nocetur. Nam quòd hîc Justin. ita distinguit inter noxam & noxiam, ut noxa ipsum sit corpus servi, quod nocuit. Noxia vero delictum, id metuo, ne sit contra usum linguæ latinæ, & frustrà defendatur ab Alciato, Contio & alijs contra reprehensionem Vallæ.

Promiscuè enim his verbis JC. utuntur pro delicto aut certè damno per delictum dato, *ut in l. 17 D. de ædil. ed. in l. 1. & 2. D. h. t. l. 1. §. 1. D. si quad. paup. fec.* Credo autem, Tribonianum hominem Græcum, neque admodum peritum linguæ latinæ deceptum fuisse eo, quòd interdum dicitur, Noxam dedere, *ut in l. 1. D. de his qui effud. l. 6. D. de re jud. §. 1. infr. de off. jud.* (Sic vet. Gloss. pag. 144. Noxam dedere, εἰς κόλασιν δίδοσθαι, εἰς ἐκδόσεις.) Et quia Cajus *in l. 1. D. h. t.* dicat, Deditione ipsius corporis quod deliquerit. Quasi hæc verba essent interpretatio ejus quod dicitur, Noxam dedere. Sed dicitur etiam in noxam vel ad noxam dedere, *ut d. l. 1 §. cum arietes. D. si quad. paup. l. 19. §. ult. D. h. t.* Et diversa esse hæc duo, Noxam & corpus sive caput, quod deliquit, apparet vel ex vulgari verbo JC. quo dicunt Noxa caput sequitur, de quo a. §. *omnis infr. h. t.* Noxæ dedere est pro peccato vel noxæ causa sive nomine dedere, ut Festus interpretatur, cum lex jubet noxæ dedere, pro peccato dedi jubet. Noxales g. actiones in eo 1. conveniunt cum ijs, de quibus tit. præc. dictum, quòd non constituant proprium quoddam genus actionum, sed sint aliarum adjectiones, v. g. Si servus meus tibi furtum vel injuriam fecerit, si per vim bona tua rapuerit, si tibi damnum dederit: Ex

rit: Ex his delict. actio Furti, rapinæ, Injur. leg. Aquiliæ tibi cōtra me datur, nō tamē directa, quia ipse nō deliqui, sed furti noxalis, *ut hic in pr.* Ipse serv⁹ his actionib. nō potest cōveniri, quia inter servū & liberū hominē judiciū cōsistere nō potest. *l. ult. C. h. t.* Nec serv⁹ in judicio interesse potest. *l. 6. C. de jud.* Est & hæc ratio, quia serv⁹ bona nulla habet, unde satisfaciat actori, qui de sarciēdo rei famil. damno ferè his actionib. agit. Ne tamē delicta servorū manerēt impunita: atq; ita servi melioris essēt cōditionis q̄ lib. dantur action. hoc nomine cōtra ipsorū dominos. Et tenētur q. dē domini in solidū: sed tamē ita res tēperatur, ut liceat ipsis servū noxę dādo ei, cui nocuit, defungi atq; evitare litis æstimationē. Hæc. n. est istarū actionū vis & potestas. *l. 1. D. h. t.* Et hāc electionē & facultatē à l. 12. tab. tributā, Judex in ipsa sētētia domino integrā servare debet, ut docetur *in §. 1 inf. de off. jud.* Cōdemnat⁹ tamē actione judicati tenetur in X. nec rectè cōtra illū ageretur ad noxæ deditionē. Quia X. sūt in obligatione, Noxæ v. deditio in solutione, q̄ facultas à lege tribuitur, ut eleganter Vlp. *in l. 6. §. 1. D. de re jud.* Quod si tamen domin⁹ hoc nomine judiciū suscipe noluerit, nō cogitur invit⁹, sed potest servū indefensū relinquere. Quo casu æq; ac si cōdemnat⁹ esset, j⁹ suū transferre debet in actorē. *l. 21. l. 29. & l. 32. cū l. seq. d. h. t.* Ratio, cur domin⁹ possit servū noxę dedere atq; ita liberari & nō prorsè cogatur solvere solidū, est ipsa æqtas. Nō n. debet neq; tia servi domino esse dānosa ultra corp⁹ suū, i. e. sup. ęstimationē servi, *ut hic §. sū a. ratione & l. 2. C. eod.* Nō n. oportet cuiq; pl⁹ damni p servū evenire q̄ quāti ipse serv⁹ sit, ut ait *l. 61. §. quod v. D. de furt.* Eadē ratione ēt animalia nostra q̄ noxā cōmiserūt, nō ultra solēt nos onerare q̄ ut noxæ ea dedam⁹ *l. 7. §. 1. D. de dam. inf.* v. g. Serv⁹ me⁹ q valebat 30. aur. tibi furtū fecit manifestū in 10. aur. habes ex hoc delicto servi mei cōtra me actionē furti in quadruplū, i. e. in 40. aur. pter ipsā rē furtivā, sed defūgi possū dedēdo tibi corp⁹ servi mei, ꝙ si mihi nō liceret, ac tota 40. cogerer pstare, esset mihi serv⁹ me⁹ damnos⁹, ultra pretiū sui ꝙ esset iniquū, cū cōditio nostra melior poti⁹ p servos fieri debeat q̄ deterior *l. 133. D. de R. I. l. ult. C. de acq. poss. & l. ult. C. per quas pers.* Atq; hic ita est cas⁹, quo invito creditori aliud pro alio solui potest. ꝙ aliás regulariter nō licet, *ut d. sup. ad tit ult. lib. 3.* Idē de cęteris privatis delictis dictū sit ꝙ jā dixi de furto. Aliud est, si serv⁹ publicū aliquod crimē cōmiserit, v. g. Homicidiū, adulteriū, vim pub. vel privatā, raptū plagiū. De his n. ipse serv⁹ tenetur & puniri potest, nō a. domin⁹ ej⁹ *l. 17. §* ꝙ *ajunt. D. de ædil. ed. l. 3. & 4. C. h. t. l 4. & l. 8. C. ad l. jul. de vi pub. & pr.* Ratio differētiæ est. Quia in delict. privatis ferè agitur de damno rei familiaris sarciēdo, ꝙ facere non potest serv⁹; cū nihil pprū habeat unde soluat. In criminib. v. & pub. Judicijs agitur de pœna corporali infligēda ad vindictā publicā & huj⁹ pœnę et serv⁹ est capax, cū habeat corp⁹ & vitā, licet bona nō habeat. Sed interdū p. hic domin⁹ hāc facultatē noxę dedendi & cōvenitur ad summā cōdemnationis soluendā detracta noxæ deditione, ut s. si serv⁹ domino vel jubēte vel sciente & nō phibēte cū posset, delictū cōmiserit, *l. 2. & 3 seqq. D. h. t.* Et h. e. ꝙ *in l. 2. & l. 4. C. eod.* additur: Si servi vestri nescientib. vobis vel ēt prohibentib. Item si serv⁹ ignorante vel sciente & prohibere nequeunte & *in l. 1. in fi. pr. D. de his qui effud.* Ratio est manifesta, quia hic ipse dom. n⁹ deliquisse videtur, ideoq; in solidū litis æstimatæ tenetur nō aliter q̄ ex pprio delicto *l. 17. D. h. t.* q. d si serv⁹ cōmunis deliquerit altero dominorū sciente, altero ignorāte; hic ignorans liberatur noxæ deditione, sed sciens tene-

tur in solidũ: Ita tamẽ ut ẽt pretiũ servi ab altero dediti cõputetur, & id tãtũ cõsequatur actor ꝙ amplı⁹ est in psecutione damni *d. l.17.* 2. pdit beneficiũ deditionis domin⁹, q negavit se in potestate sua servũ habere, si actor ꝑbaverit, eum in potestate esse, vel jusjurãdũ detulerit reo, ut is juret se in potestate nõ habere, & re⁹ recusaverit jusjurandũ *l.21.§.pretor.ait.& §§ seqq.l.22. D. h.t.* 3. Si dolo fecerit quò min⁹ servũ in potestate haberet *l.24.& l.39.D. h.t.* Nã & aliàs dol⁹ ꝓ possessione est. & q dolo possidere desijt ꝓ eo habetur, ac si adhuc possideret. IV. Nõ habet facultatẽ noxæ dedẽdi q̃ judicati cõvenitur. *l.20.itẽ. §.5.D.de pet.hæred.*

Ad §. Dominus.

Noxę deditio vim & effectũ hũc habet. 1. ut domin⁹ servũ suũ noxæ dedẽdo liberetur à pstãnda litis æstimatione, & qdẽ ẽtsi tãti nõ sit serv⁹, quantũ damnũ datũ est p ipsi⁹ delictũ. Ratio *sup.d.est.* Adeò a. liberationẽ parit domino noxę deditio, ut hoc verũ sit ẽt eo casu, quo serv⁹ plura delicta diversis tẽporib. cõmisit, quib. alteri nocuerit, nã ex una noxia servi dominiũ nact⁹, nullã ampli⁹ actionẽ habet advers⁹ pristinũ dominũ, *l.20.qui ex plurib.D h.t.* II. Ut dominiũ servi transferat à priore domino in alterũ, cui dedit⁹ est: Idq; in ppetuũ, ut hîc ait Imp. Quod nõ ita accipiẽdũ, q. accipiens ppetuò maneat domin⁹, sed ita, ꝙ dedens in ppetuũ amittat dominũ, pinde q. abjecerit ac ꝓ derelicto habuerit servũ. Alter v. nov⁹ domin⁹ nõ ppetuò retinet ej⁹ dominiũ, sed eò usq; tãtũ donec sibi ab eo satisfactum sit. Notãdũ est n. noxę deditionẽ esse modũ transferẽdi dominij: Intellige, si à domino facta sit, aliàs nõ itẽ, ut si bonæ fidei possessor, si creditor, si fructuari⁹ dedat *l.11.bona fide l.27.§.1 D h.t.l.5.& 6.D.de pub.in rẽ act.* Nã ita j⁹ est, ut postquã serv⁹ noxæ dedit⁹ tãtũ acquisierit unde damnũ datũ resarcire possit, cogatur domin⁹ à prętore ipsũ manũittere, ut hîc, quẽ locũ ut singularẽ notat *Cujac.li.13.obs.c.9* Sed dices, unde resarciet serv⁹, cum nihl ꝓpriũ habere possit, sed omnia acquirat domino? *§.igitur sup. Per quas pers.* ℞. Theoph. Ex operis suis vel ministerio eũ posse acqrere aliq. pecũię. Imò ẽt hęc domino suo acqrit, nõ sibi. Veri⁹ igitur videtur, si tãtũ de suo demẽso deparcat defraudãdo geniũ suũ (ut apud Pl. & Terẽt. servi) hoc ipsi⁹ esse ꝓpriũ, & inde damnũ sarciri posse. Inde n. ẽt ꝓ capite pretiũ dare solebãt servi, ũt est apud Senecã *Ep.81.* Mãcipia (inquit) peculiũ suũ, ꝙ cõparaverũt ventre fraudato ꝓ capite numerant. Dices, 1. absurdũ hoc esse, ꝙ serv⁹ meliorem faciat cõditionẽ suã ex delicto suo, ꝙ est cõtra Regulã jur. *in l.134.§.1.D.de R. I.§.1.* ℞. Serv⁹ hîc fit liber, nõ ob delictũ suũ, sed qa damnũ datũ resarcivit ei cui dedit⁹ erat, & quia à priore domino q. abject⁹ & derelict⁹ fuit, *ut sup.d.2.* Obstat, ꝙ iniquũ esse videatur rẽ suã alicui auferri sine ej⁹ facto *l.11.D.de R.I.* Et manumissionẽ, cũ sit act⁹ jurisdictionis voluntariæ, nõ videri ab invito extorquendã. ℞. Jure civili nõ posset cogi domin⁹ ad manumittẽdũ, sed opus est auxilio & tuitione ptoris. Movit a. ptorẽ respectus ęquitatis. 1. qa nihil jã ampli⁹ interest ej⁹, cui damnũ restitutũ est, retinere hũc servũ. 2. quia p actionẽ noxalẽ hoc ipsũ poti⁹ ab initio q̃rebat, ut sibi damnũ resarciatur q̃ ut serv⁹ noxę dederetur. Cõdemnatio n fit in æstimationẽ, ad quã ẽt solã ipsi datur actio judicati. Facultas a. dedẽdi noxæ tribuitur cõdẽnato à l. cũ nõ sit in obligatione, ut sup. dixi, *ex l 6.D.de re jud.*

Accedit ẽt 3. favor libert. q̃ rationẽ solã hîc allegat. Accurs. sũt & alij casus, quib. cogitur qs manumitt. de quib. *Vid. t. in D. Qui sin. manũ. ad li. per.* Potest quidẽ domin⁹ ultrò & sua spõte hũc servũ manumittere, & tũ ej⁹ patron⁹ fiet sed si expectet dũ cogatur ꝑ ptorẽ, nõ erit ej⁹ patron⁹. Nã h. generale est, ut j⁹ patron. pdat q invit⁹ & coact⁹ manumitt. ꝙ a. hîc de servo noxæ

dedito manumittendo dicitur, idem etiam in libero homine juris fuisse discimus ex Papiniano, cujus hæc sunt verba in fragm. Veterum JC. Per hominem liberum noxiæ deditum si tantum acquisitum sit quantum damnū dedit manumittere cogendus est à prætore, qui noxæ deditum accepit, Quod explicat Cujacius *d. cap. 9.* Sic redemptus ab hostibus etsi non fit servus emptoris, tamen retineri potest in servitute jure pignoris naturalis, quoad pretium pro se datum emptori redhibuerit aut labore & obsequio atq; opere quinquennij vicem beneficij retulerit. *l. ult. C de post. revers.*

Ad §. 4. Sunt autem.

Divisio actionum noxalium ratione originis hæc est, quòd quædam sunt constitutæ legibus, aliæ per edictum prætoris, sive quod idem est, aliæ sunt civiles sive legitimæ, aliæ prætoriæ. Civilium exempla sunt. I. Actio noxalis, Furti nec manifesti. Hoc enim vindicatur ex leg. 12. tab. *ut supr. d. tit 1. h. lib.* II. Actio noxalis damni injuria, quod vindicatur per legem Aquil. de qua *supr. tit. 3. h. lib.* Prætoriarum exempla sunt. 1. Actio noxalis furti manifest. Hujus enim pœna cum antea esset corporalis ex leg. 12. tab. Postea per edictum prætoris conversa est in pecuniariam quadrupli *init. tit. infr. de perp. & temp. act. & dixi supr. ad tit. 1. 2.* Actio noxalis injuriarum. 3. Actio noxalis vi bonorum raptorum, *ut hic.* Ex his apparet noxales actiones cum non sint directæ, sed aliarum adjectiones, imitari naturam & conditionem earum actionum directarum, quibus succedunt. Sed quia injuriarum actio interdum est civilis ex L. Cornelia *ut supr. d. §. sed & lex Cornel. tit. de injur. & l. 5. in pr. & §. Illud quæritur cum §§. seqq. D. eod.* Dubitari hîc meritò potest, An eo casu noxalis injuriarum actio sit prætoria. Et Imp. sanè generaliter hîc loquitur in verb. Veluti injuriarum. Libenter autem dicerem, Omne judicium noxale esse prætorium & opponi civili, *arg. l. 39. si plurium in pr. D. h. t.*

Prætor subsequi debet juris civilis actionem, & judicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare (ex pluribus scilicet dominis, quorum servus furtum fecit) quem actor elegerit.

Ad §. 5. Omnis autem.

Exponitur hîc, contra quem noxales actiones dentur. Nam cui dentur, jam liquet ex superioribus nimirum illi, cui damnum datum est delicto servi. Regula est, Actionem noxalem contra eum dari qui in potestate habet servum. Is enim dedendi servi facultatem habet. Et tàm diu contra eum dari, quàm diu servum in sua potestate retinet.

Unde fit ut etiam in hæredes hæ actiones dentur, quamvis non quasi in successores, sed jure dominij. *l. pen. § ult. D. h. t.* Quòd si is servus in alterius potestate esse cœperit, ad novum dominum ambulat actio. Exemplum est *in l. 4. §. 1. & in l. 36. D. h. t.* Et hoc est quod proverbio inter JC. jactatur: Noxa caput sequitur, id est, ejus personæ & corpori quasi lepra inhæret qui noxiam commisit, cumque eo quasi ambulat. *l. 20. & l. ult. D. h. t. l. 1. C. eod. l. 1. § si apud. D. de pos.*

l. 4. C.

l. 4. C. An serv. pro suo fact. l. 18. D. de furt. Non igitur spectamus quis fuerit dominus servi eo tempore, quo delictum commissum est, sed quis nunc sit dominus tempore litis contestandæ. Facit huc. *l. 1. §. & cum etiam. D. Si quadr. paup. fec.* Nam si quis postea in potestate sua servum habere desierit, modò sine dolo, non tenetur amplius, sed novus dominus noxali judicio convenietur. *l. 24. & l. pen §. ult. D. h. t.* Quòd si servus post commissum delictum manumissus sit, ipse conveniri poterit, utpote jam liber homo, & qui in judicio consistere possit: & hoc casu actio fit directa, quæ prius fuerat noxalis, *ut hic vers. at si manumissus. d. l. 4. C. an serv. pro suo fact. l. 14. D. de O. & A.* Aliud est dicendum, si servus ipsi domino suo damnum dederit. Nam hic ne post manumissionem quidem conveniri poterit, de quo mox in paragr. seq. Contrà interdum evenit, ut actio, quæ prius fuerat directa, postea fiat noxalis: nimirum si quis, dum esset liber homo, noxam nocuerit, & postea in alterius servitutem redactus sit, Puta libertus ob ingratitudinem à patrono in servitutem revocatus est: quia se venumdedit pretij participandi causa. Hic, si liber homo mansisset directa actione conveniri potuisset ex suo delicto, puta actione furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, Injuriarum servi corrupti. Nunc posteaquam alterius servus esse cœpit, adversus dominum ejus noxalis dabitur actio, *ut hic vers. ex diverso.*

Quid si is, qui in servitute erat cum delinqueret, postea ad libertatem proclamet, Dabiturne actio in ipsum, ut liberum hominem, directa, An verò noxalis contra dominum? Resp. Vlp. sustineri, id est, Differri debere judicium noxale, donec de statu ipsius pronunciatum sit. Nam ex eventu actionis præjudicialis pendebit, an directa an noxalis actio danda sit. *l pen. in pr. D. h. t.*

Quia vero supr. dictum est contra eum dari noxalem actionem, qui servum in potestate habet & quàm diu habet. Hinc sequitur morte servi ante judicium acceptum, id est ante litem contestatam contingente dominum omnino non teneri, imò etiam absolvendum esse, si fortè ignorans ejus mortem judicium acceperit quasi servus adhuc viveret. *l. 26. §. si is, & l. 39. §. ult. l. pen. §. 1. D. h. t.* Ratio est, Quia servum mortuum in potestate nostra non amplius habemus, nec proinde noxæ dedere possumus. Dedere enim est servum vivum tradere, *arg. l. 1. §. noxa autem. D. si quadr. paup.*

Aliam rationem reddit Vlp. *in d. l. pen.* Quia, inquit, desijt verum esse propter eum dare oportere. Dixi, si ante litis contestationem moriatur servus, dominum non teneri noxali actione. Nam si post litis contestationem, tenebitur ad æstimationem. Ratio est, Quia litis contestatione actiones perpetuantur judicio semel inclusæ, ut dicam *infr. ad tit. de perp. & temp. act.* Eodem modo tenetur, si moram fecerit in judicio occipiendo. *d. l. 26. §. si is quem. D. h. t.* Quid si alius servum meum post litem contractam acciderit? Resp. Tenebor nihilominus in solidum. Neque enim dedere possum hominem mortuum & ita liberari, sed is qui occidit lege Aquilia mihi condemnabitur quanti mea interest, noxæ potius deditione defungi quàm litis æstimatione. *l. 37. liber homo insi. D. ad l. Aquil. facit. l. 1. §. pen. D. si quadr. pauper. fec. dic.*

Qqqq Ad

Ad §. 6. Si servus.

Audivimus Quibus & contra quos noxalis actio detur: sequitur cui & contra quem non detur. Et ait, Nam dari domino, cujus servus proprium noxâ nocuerit, quomodo & supr. d. est. Si filiusfam. patri, aut servus domino aliquid auferat, quamvis furtum fiat (quod furtum domesticum dicitur) tamen de eo furti actionem non dari. §. *hi qui in parentum supr. tit. 1. h. lib.*

I. Inquam non datur hoc casu actio contra ipsum servum quàm diu manet servus ejus, cui nocuerat. Quia inter dominum & servum nulla civilis & efficax obligatio nasci, lis nulla, nullum judicium consistere potest, *l. 4. D. de jud. l. 6. C. eod. l. 1. C. de nox. act. l. ult. C. An serv. pro suo fac.* Cur ita? Tùm quia ipse quis secum litigare videretur: tanta est conjunctio inter servum & dominum, inter patrem & filium: Tùm quia quos ipsi domi nostræ convenire & in quos statuere possumus, de his non debemus judicem adire eique negotium facessere cum illis litigando *d. l. ult. l. 17. in pr. D. de furt.*

II. Non datur etiam domino noxalis actio contra novum dominum ad quem servus alienatus pertinet, *ut hîc in vers. Ideoq;*. Nam cum ab initio nulla fuerit actio, non debet ex post facto nasci aut convalescere, *arg. l. quod ab initio. D. de R. I.*

III. Non datur adversus ipsum manumissum, idque ex eadem ratione, quam proximè dixi. Deterior igitur est hac in re conditio domini quàm extranei. Nam si servus alteri alicui nocuerit, & postea manumissus fuerit, directa actione ab extraneo illo conveniri poterit, *ut in §. præc. d.* At à domino non potest, Exceptio additur *in l. 1. C. h. t. & in d. l. ult.* Nisi servus etiam post manumissionem aliquid illicitè commiserit adversus patronum, v.g. Res antea subreptas denuò contrectando. Atq; ita actio noxalis nulla competit ab initio.

Est etiam è contrario quando ea quæ ab initio competebat extinguitur atque intercidit, sive ut vulgo hîc legunt, interdicitur, id est, denegatur: Id fit cum servus, qui tempore commissi delicti erat alienus postea in dominium & potestatem pervenit ejus, cui nocuit, *ut hic in vers. Unde si alienus & l. 37. D. h. t.* Ratio hîc redditur, Quia res in eum casum deducta sit, unde non poterat incipere. Quæ est celeberrima Juris regula, de qua supr. aliquid dixi *ad §. ex contrario de legat.* Sed bene Not. Quod additur *in d. l. 37.* Extingui actionem, si nondum in judicium deducta sit. Alioqui enim si post litem contestatam redemerit servum, nihilominus condemnabitur creditor. Sed quid si postea dominus servum alienârit vel manumiserit, restaurabiturne actio, quam habuerat ab initio & quæ postea extincta est? Id negat hîc Imp. *in vers. Ideoq; & IC. in d. l. 37. Et rectè.* Est enim hoc universale, Obligationem & actionem in perpetuum sublatam restitui non posse. *l. 98. §. aream. D. de solut.* Ut autem dominus contra servum manumissum actionem non habet ex antè gesto: Ita neq; vice versa servus contra dominum post alienationem aut manumissionem, *ut hic in fi. §. Nam contrariorum eadem est ratio.*

Ad §. Vlt. Sed veteres.

Dictum est Quomodo dominus ex delicto servi teneatur actione noxali : quæritur jam, An etiam Pater ex delicto filijfam. eâdem conveniri possit? Et respondet Imp. Olim quidem etiam patrem hac actione conveniri potuisse & noxæ filium dedendo liberari : sed hodie id jus esse mutatum, & tantùm in dominos de servis noxales actiones proponendas esse. Juris veteris vestigium relictum est *in l.3.§.si eum. D. de hom. lib exhib.* Ubi is qui liberum hominem noxæ deditum retinet, licet adhuc impuberem, non videtur dolo malo facere, & proinde non tenetur illo interdicto. Aliud vestigium est *in l. 34. D. h. t.* & apud Papinianum, cujus verba nuper recitavi. Cur autem jure veteri æquè filius ac servus noxæ dedi potuerit, ratio erat vis patriæ potestatis, per quam etiam occidi poterat fil. *l. 11. D. de lib. & posthum. l. ult. C. de patr. potest.* Multo igitur magis noxæ dedi, quod longè minus, *arg. l. 21. D. de R. I.* Vult autem Cujac. *lib. 13. obs. cap. 9.* Liberum hominem per deditionem noxæ non solitum fieri servum alterius, cui deditus esset. Sed dubito An hoc verum sit. Cur autem postea hæc asperitas mutata sit, ratio est triplex. 1. Quia humanitas suadet, ut parcatur pietati paternæ. Parentes enim magis videntur lædi per corpus filij quàm ipse filius ut hic dicitur, Et pro affectu suo magis terrentur in liberis, ut ait. *l.8.§.ult. D. Quod met. caus.* Et hæc ratio est communis liberorum utriusque sexus. 2. Est & alia propriè in fœminis sive filiabus, Nempe. Verecundia sexus, & ne earum pudicitia in discrimen adducatur. Metuendum est enim ne is, cui noxæ deditur filia, vel ad suam libidinem ipsa abutatur, vel eam prostituat alieno. 3. Quia non videtur hîc opus esse actione noxali adversus patrem, cum Filiusfam. ipse tàm ex delictis suis, quàm ex contractibus conveniri possit, *ut hic & l.33. cum 2. seqq. D. h. t. l. 57. D. de jud. l. 39 D. de obl. & act.* Et videte quæ dixi *supr. ad §. si filiusfam. tit. de oblig. quæ quasi ex del. nasc.* Sed filio condemnato aut post litem contestatam mortuo pater de peculio tenetur. *d. l. 57. & d. l. 35.* Postremò hîc quæri potest, An etiam ex q. delicto servi dominus noxali actione teneatur? Et placet mihi eorum sententia qui negant, quos & Mynſ. sequitur *in pr. h. t. nu. 3.*

AD TIT. IX. SI QUADRUPES PAUPERIEM fecisse dicatur.

CUm soleant etiam aliàs in Jure servis exæquari quadrupedes teste Cajo *in l. 2. §. ut igitur. D ad legem Aquil. & Aristot. in Polit.* rectè atque ordine facit Imper. quia noxalibus actionibus subjicit actionem noxalem, quæ ex damno quadrupedum datur contra dominum. Taceo quàm multa in hac actione similia sint superiori. Nam 1. ut illa datur ex damno servorum ita hæc ex damno animalium brutorum. 2. ut illa datur læso, ita & hæc. 3. Utraq; datur contra eum qui in potestate habet vel servum vel quadrupedem, & quamdiu habet in potestate. Cessat autem ubi desierit servus aut animal in potestate esse, Et in utraque actione Noxa caput sequitur & cum eo quasi ambulat. *l. 1. §. &*

cum etiam. D.h.t. Et extinguitur morte ante litis contestationem contingente. *l.1.§.plane D.h.t.* 4. Utraque actio est perpetua & hæredibus ac in hæredes datur: Quamvis non tanquam in hæredes, sed tanquam in dominos detur. *l.1.§.ult. D h t.* 5. In utraque dominus potest litis æstimationem vitare, si id quod nocuit noxæ dedat, *ut hic in verb. quæ animalia.* Utrobique enim est eadem ratio, quia grave esset domino si plus damni acciperet occasione servi vel animalis sui quàm ejus pretium esset. *l. 7.§.1. D de dam. inf.* 6. In utraque propter mendacium condemnatur quis in solidum, detracta noxæ deditione, si in jure interrogatus responderit, servum vel animal suum non esse. *l. 1. §. interdum. D h.t.* Quæ cum ita sint, mirum non est, etiam actionem de pauperie Noxalem dici, ut hic initio tit. in verb. noxal. s act. o lege 12. tabul. prodita est, & mox: ad noxalem pertinet actionem. Sed in eo differunt hæc duo actionum genera. I. Quòd prior illa generis nomen sibi vindicavit, ut plerumq; sola Noxalis actio dicatur, hæc proprium habet nomen & vocatur actio de pauperie. Ita enim vocatur damnum per quadrupedem datum sine injuria facientis. Nam injuria propriè non potest dici de brutis, cum neque jus neque ratio in ea cadat, *ut hic in fi. pr. & l. 1. §. ait prætor. D.h.t. & l 5.§. & ideo D. ad l. Aquil.* Ubi furiosus, quadrupes, tegula & infans inter se comparantur. Utrobique *tàm hic quàm in d.l.1.* sensum accipe pro ratione, mente & intellectu, ut hîc initio dixerat, quæ ratione carent. Sic sensus & sentire usurpantur pro intelligere & ratione uti *in l.14. D. de off. præsid.* & Catullus de quodam fatuo inquit: Mule nihil sentis. Sic sensu communi carere dicitur homo non sanæ mentis. II. In eo differunt, quòd hæc actio tota est ex l.12. tab. sive civilis ac legitima, *ut hic & l. 14. §. ult. D. de præscr. verb.* Cum illarum quædam sint ex jure prætorio, ut audivistis *in §. sunt autem supr. tit. prox.* Quidam putant verba ejus legis hîc afferri, ibi: Si equus calcitrosus, &c. In quib. est etiam *Henr. Stephanus in libro, cui titulum fecit Iuris Civilis fontes & rivuli pag. 52.* Sed ij falluntur, Nam hæc exempli tantùm causa adferri manifestum est ex collatione. *l 1.§. itaque Verba legis hæc refert. Ful. Vrsinus.* Si quadrupes pauperiem fecit, quadrupedis dominus noxiam sarcito, aut quod noxiam nocuit dare damnæ esto. Ejusdem legis sententiam recitat etiam Paul. *lib.1. Sent. tit.15.* Si quadrupes, inquit, pauperiem fecerit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni æstimationem subeat, aut quadrupedem dedat: Idq; etiam lege Solonia de Cane cautum esse ait, quod Cujac. ibidem confirmat ex Plutarcho in Solone. Fuit igitur separata in ll. 12. tab. actio de pastu pecoris ab actione de pauperie, ut etiam apparet ex *d.l.14. D. de præscr. verb.* Quia pastus pecoris non est pauperies, non est damnum. De pastu pecoris in alieno agro pratove, an & quando & quæ actio detur, vide Joan. Fab. ubi etiam de eo, an alienā pecudem licet propria auctoritate capere & includere deprehensam in suo fundo. ob man ein frembdes Thier pfenden mag oder nicht. De quo *vid. l.34. Quint. Muc. ff. ad l. Aquil. & ibi Gothofred.* Non aū ex cujusvis animalis damno hæc actio datur, sed tantū quadrupedis. Hoc verbo 1. excluduntur feræ bestiæ: Excluduntur 2. & aliæ animantes; v.g. Bipedes, ut est Struthiocamelus: in quib. hæc actio locū non habet Quia harū genitalis est sive naturalis feritas, ut hîc ait Imp. *ex Vlp. l.1. §.10. in bestijs. D.h.t.*

Quare

Quare si ursus aut lupus rupta catena aut vinculis aufugerit, & postquam alicui nocuit, sine culpa domini in libertatem suam naturalem sese receperit, pristinus ejus dominus non tenetur hac actione de pauperie: quia dominium feræ bestiæ amisit, secundum ea, quæ dicta sunt *supra in §. feræ. de rerum. divis.* ac ne tunc quidem actio in eum dabitur, etiamsi fera bestia in ejus postea potestatem redierit: ut rectè hic Joan. Fab. *arg. l. qui res. §. aream D. de solut. & l. si servus legatus. §. ult. D. de adim. leg.* Quòd si in potestate nostra feræ manserint, earum quoque nomine hæc actio in nos dabitur, sed utilis, non directa, *ut rectè Cujac. ad Paul. d. loco.* II. Verbo quadrupedis excluduntur Canes. *l. 1. § sed & si. & l. 2. § 1. D. h. t.* Quia non sunt pecudum numero *l. 2. § 2. D. ad L. Aquil.* Sed tamen utilis actio ex interpretatione JC. de his quoque competit, quæ non sunt quadrupedum pecudum numero. *l. 4. D. h. t.* Hinc de Cane qui alienas carnes devoravit, rectè Rofredus vet. Glossator censuit utilem actionem dari domino carnium adversus dominum canis. Quamvis Joan. Fab. distinguat, ut de carnibus incustoditis non teneatur dominus canis, de custoditis à cane suo surreptis teneatur. Præterea ut actio hæc locum habeat necesse est, ut animal sua sponte contra naturã commotã feritate sive propria lasciviã damnum dederit, aut terrore (sic enim hîc legit G. Fabricius flos Germaniæ secundum Giphan. in collectaneis Lucretianis, ubi a'ij legunt pavore, alij ut & Theoph. vertit θυμῷ fervore. Nam si alterius instigatu, cessat hæc actio: Sed is tenebitur qui instigaverit, puta Equũ percutiendo, vel vulnerando ut is dolore concitatus calce alium feriat. Tenebitur inquam is in factum magis quàm lege Aquilia, id est, actione utili legis Aquiliæ. *l. 1. § 6. Sed et si. & § seq. D. h. t.* Idem dicendum est generaliter, si culpa hominis præcesserit pauperiem. Oldendorp. *class. 6. act. 13.* prope finem, ut si quadrupes propter loci iniquitatem aut culpam Mulionis vel agasonis, aut cum plus justo onerata esset, collapsa sit, & onere in aliquem everso ei nocuerit; nam & hîc cessante actione de pauperie, dabitur actio legis Aquiliæ in eum, cujus culpa intervenit. *d. l. 1. § 4. itaque. vers. quod si propter.* Ex eadem ratione est, quod si alia quadrupes aliam concitavit, ut noceret, ejus nomine agendum est quæ cõcitavit. *l. 1. § 8. & si alia. D. h. t.* Por ò ait lex: Pauperiẽ faxit, id est, damnum dederit, nocuerit. Unde etiam hæc actio noxalis vocatur, *ut sup. dict.* Potest autem noceri alicui per qua rupe 'em, vel in re inanimata, vel in animali, ut si aries vel bos tuus meum commisso certamine occiderit, vel in corpore servi, vel denique in corpore ipsius liberi hominis vulnerando vel mutilando: nam etiam liberarum personarum nomine hæc actio datur, non quidem ut deformitatis ratio in ea habeatur, cum liberum corpus æstimationem nullam recipiat: sed ut impensæ in curationem factæ, operæ item ob debilitatem tàm amissæ quàm amittendæ resarciantur. *l. 3. D. h. t. l. ult. D. de his qui effud. vel dejec. l. 13. liber homo. in pr. D. ad Legem Aquil.* Homo liber nullo pretio æstimatur, ut ait Paulus *lib. 5. sent. tit. 1.*

Quacunque igitur in re alicui noceatur, sive in re inanimata, sive in animali, sive in servo, sive in corpore liberi hominis, datur actio de pauperie in dominum quadrupedis. Excipitur is casus, quo animal id læsum aut occisum est

ab alterius animali, quod provocavitad certamen & prius aggressum est: ut si aries vel bos tuus, cum meum provocasset, à meo interemptus sit, non tenebor tibi: quia defensionis suæ causâ, quæ est juris naturalis, fecisse intelligitur meus aries quicquid fecit *l.1.§.11.cum arietes.D.d.t.* Nam ut Græci ajunt, ἀμυνομένῳ ἄμεινον. & contrà, Semper deterior est causa provocantis etiam in hominum genere. Sic non habet actionem hanc de pauperie is qui læsus est à quadrupede, quam in se proritârat. *Paulus d.t.15.§.ult.* Sibi enim imputare debet: nam quod quis suâ culpâ sentit, damnum sentire non videtur, ut est in reg. jur. Si quis canem irritârit, ut is alterum morderet, Legis Aquiliæ tenetur. *l.11. §.5. item cum eo.D.ad L.Aquil.* Cui non obstat *l.ult.D.h.t.* Quia nulla est culpa ibi agasonis, nihil enim illiciti facit, qui equum ducit in tabernam sive stabulum meritorium: Ideoque agere poterit agaso cum domino mulæ, quæ calce ipsum percussit & crus ei fregit, cum equus ipsam olfecisset. Sic non facit rem illicitam, qui equum permulcet & palpat vel strigilat: ideoq; actionem hanc habet, si equus calce eum percusserit. *l.1.§.7.& generaliter.in fi. D. h. t.* Præterea nihil interest, utrum quadrupes ipsa suo corpore immediatè damnum dederit, v.g. mordendo, aut cornu feriendo, aut recalcitrando: an per aliam rem, quam tetigerit, mediatè, ut loquuntur: ut si bos plaustro vel alia re dejecta aliquem obtriverit. Æquè enim utroque casu locum habebit hæc actio. *d.l.1.§.9.sive per aliam.D.h.t.* Quomodo & sup. in L. Aquilia æquè tenetur qui corpore suo in corpus damnū dederit, atque is qui aliter nocuerit. *§.ult.sup.de L.Aquilia.* Quæritur, An hæc actio sit pœnalis, an rei persecutoria? Et Oldendorp. *d. loco ait*, esse interdum & regulariter rei persecutoriam, interdum pœnalem; mihi semper videtur esse pœnalis: quod probatur satis ex fine hujus tituli per allegatam ibi regulam juris.

Ad §. *Cæterùm.*

Dictum est de actione de pauperie, quæ est civilis, utpote ex l.12.tab. descẽdens. Sequitur de actione ædilitia sive prætoria, quæ etiam ex damno animalium datur, & interdum concurrit cum utili actione de pauperie. Summa autem edicti ædilitij hîc refertur, cujus verba ipsa extant *in l. 40. hi enim non. cum 2.ll.seqq.D.de ædilit.ed.* Ejusdem & Paulus meminit *d.lib.1.sent.tit.15.* feram bestiam in ea parte, qua populi iter est, colligi prætor prohibet. Hinc colligi posse videtur, non malè etiam edictum ædilitium vocari posse jus prætorium *arg. §. prætoriæ sunt.sup.de divis.stip.* Prætor inquit, id est, ædilis, ut & Cujac. admonet. Vetant igitur ædiles, Ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudvé quod noceret animal (sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant non possint) quà vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumvé dare possit. Addunt & sanctionem sive pœnam in transgressores, qui adversus ea fecerint. Pœna triplex est pro triplici varietate damni, & ut eleganter Paulus ait, pro modo admissi.

Nam

Nam aut liber homo ex ea re periit, (quem casum Imp. hîc omisit) vel libero homini inde nocitum est, ut tamen is vivat: vel denique aliis in rebus damnum datum est. Primo casu pœna est ducentorum solidorum sive aureorum, applicanda, ut puto, interfecti cognatis. Secundo est arbitraria, quanti scilicet bonum æquum judici videbitur: Tertio pœna est ut præstetur duplum damni dati. *ut hic.& d.l.42.quâ vulgo.D.ædil.ed.* Quæ triplex distinctio etiam habetur in Reform. Norimberg. *tit.* 27.*l.*3. Sed libero homine perempto dominus bestiæ in pœnam arbitrariã condemnatur defuncti hæredibus, & insuper à magistratu mulctatur. Videnda quoque est hac de re *sanctio Criminalis Caroli V. Imp. cap. 136.* So jemandt ein schädlich Thier hett / das jemandt entleibt. De formula [cæterarum rerum, id est, quod ad cæteras attinet,] dixi supra *ad tit.de L.Aquil.* ex Hotom. obser.4. Sed quid est quod has actiones omnes Paulus ait extra ordinem dari?

Ait Imp. Tanti dominus condemnetur. Sed interdum etiam adversus custodem dari hanc actionem indicat Paulus *d. tit. 15.§. feram. & §.ult.* Ex his quæ dixi, apparet, quàm necessarium fuerit hoc ædilitium edictum, cum de his casibus nihil esset cautum *l. 12. tab. aliisvé ll.* Movit autem ædiles utilitas publica, posita in securitate viarum, per quas vulgò iter fit: ob quam eandem etiam rationem prohibitum est sub pœna X. aureorum, ne quis positum aut suspensum quid habeat ea parte, quâ vulgò iter fieri solet, quod possit lapsu suo alicui nocere. *§.Item is.vers. Cui similis est. sup.de obl.quæ q. ex del.nasc.* Sed in eo differt edictum ædilitium ab illo jure, quòd ex edicto hoc nulla est pœna, nisi reipsa damnum datum sit per bestias ad viam habitas: sed is qui positum vel suspensum habet punitur etiamsi nondum ulli nocitum sit.

Notanda est etiam differentia pœnæ, quâ afficitur is, per cujus feram peremptus est liber homo, ab ea pœna, qua tenetur is, ex cujus cœnaculo dejectione vel effusione facta liber homo occisus est, nam hæc tantum est L. aureorum. *d.§.item is.vers.de eo vero.sup.d.t.* cum illa sit CC. Ratio diff. Quia major culpa est ejus, qui peccat in edictum ædil. quàm ejus, cujus è cœnaculo quid dejicitur vel effunditur. Ille enim ex proprio delicto, posterior ex alieno potius tenetur, puta domesticorum. Pœnam autem hanc CC. aureorum potius applicandam parti læsæ, quam inter hanc & fiscum dividendam (ut Accurs. voluit) assentior Joan. Fabro hîc.

Porrò jam quæritur, an hæ ædilitiæ actiones, quæ his casibus competunt, excludant actionem de pauperie? Et Resp. Imper. nihilominus etiam actioni de pauperie locum esse, & pro ratione addit regulam juris generalem, Quia nunquam actiones pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumat. Quæ sumpta est ex Ulpian. *l.*130. *nunquam. D. de R. I. ubi vid. Interpp. & l. pen.D. de obl. & act.*

Complectitur autem materiam satis difficilem de concurrentibus actionibus, de qua videantur & hæ ll. *l.32.cum ex uno l.34.qui servum & l.53. p'ura delicta. D. de obl. & act.*

Ait

Ait Imp. de eadem re, & Ulpian. *d.l.pen.* de eadem pecunia. Nam si de diversis rebus sint illæ actiones & ex diversis delictis, nullum est dubium, quin illarum una per alteram non consumatur: de quo est *l.2.in pr.D.de priv. del.* Hoc argumentum plenè examinat hîc Joan. Fab. & Angelus.

Postremò quod ad h. tit. quidam annotant locum ex Legibus Mosaicis *Exod.*21. de bove cornupeta lapidando: Item legem quandam Draconis apud Athenienses, quâ etiam res inanimatæ, ut statua tegula &c. quæ lapsu suo oppressissent & interemissent hominem, puniebantur, teste Pausania Eliacis, Demosthene in Aristocratem & Suida: Id verum quidem est, sed alienum est ab hoc loco, ubi de privatis actionibus & de damno pecuniario tractatur: ac pertinet potius *ad tit.de publ. Iudiciis.* Non enim agitur Exod. 21. de bove vel statua aliâve re inanimata noxæ dedendis sarciendi damni causa; sed de his occidendis & deportandis atque in mare abjiciendis, in quo versatur vindicta publica, ut scilicet tantò major sit facti ipsius detestatio & ne auctor supersit, qui tristissimi casus memoriam refricare possit: Quam rationem etiam B. Augustinus reddit in quæstion. super Levitic. pro ut citatur *in c. 4. mulier. 15.q.1.* Sic Tolosatum curia (Parlamentum Tolosanum) suspendit ensem, quo homo erat interemptus Anno 1540. 4. Id. April. Sic Guido Papæ decis. Gratianopol. 238. testatur se vidisse in Burgundia porcum suspensum, qui hominem interemeret. Et ibid. Ranchinus in Addit: refert, Monspessuli Anno 1565. mulum calcitrosum, cum quo homo coierat, præcisis 4. pedibus fuisse combustum. Quæritur etiam ad h.t. an dominus domus quæ ruina sua alterius domum oppressit & damnum dedit, actione aliqua teneatur? Et rectè respondet Joan. Fab. cum aliis, non teneri, hîc ad Rubr. Et ideo necessaria fuit cautio damni infecti, si ruina metuatur: de quo aliàs diximus *ad tit. de divis. stipul.*

AD TIT. X. DE HIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

POsteaquam de Actionis definitione & variis divisionibus ac speciebus dictum est, sequitur nunc de Personis, per quas actio in judicio proponi possit, vel non possit. Potest autem quisque hodie non tantùm suo nomine agere, sed etiam alieno, id est procuratorio, tutorio, curatorio, &c. Olim alieno nomine agere non licebat, ut hoc tit. docemur: cujus tres partes constituo: In prima explicatur jus vetus: in secunda jus novum: in tertia quomodo Procurator constituatur. Quod ad jus vetus attinet, ex XII. tabulis strictè observabatur, ne quisquam per alium litigaret, sed ut quisque ipse in judicium veniret. Quòd si fortè in jus vocatus, aut morbo aut senectute, (quæ ipsa quoque morbus est) impediretur, quò minus ambulare posset: is ab adversario vehebatur jumento vel etiam curru, quem vocabant arceram. Meminit hujus legis Gellius *lib.20.c.1.* Item *Cornific.lib.2.ad Herenni. Quintilian. lib.2. c.16.* Verba ipsa hæc refert Fulvius Ursinus: Sei in jus vocat, ineat statim, en capito antestarier.

Sei

Sei calvitor, pedémve struit, manum endo jacito. Sei in jous vocato morbos ævitásve vitiom escit, quei in jous vocasit, jumentom dato. Sei nolet, arceram ne sternito. Ex his apparet, utrumque tàm reum quàm actorem ipsum in judicio comparere debuisse. Nam agere suo nomine vel alieno latius hîc accipiendum est, non tantùm de actione intentanda, sed etiam de ea excipienda, sive defensione instituenda: breviter, tàm de actore quàm de reo. Paulò post autem Agere hîc accipitur specialiter, eique opponitur, excipere actionem. Ratio hujus tàm stricti juris erat, quia actus legitimi & civiles, quale est etiam judicium, non possunt per alium expediri. *l.123.D.de R.I.l.89. D. de acquir. hæred.* Exceptiones tamen fuerunt quatuor: quarum tres ipsa lege XII. tabul. comprehensæ fuisse videntur; Quarta tandem addita est per legem Hostiliam. Prima exceptio est, pro populo agere licuisse: sive populi Romani causas per procuratorem agere licuisse. Ratio posita est partim in favore populi, cui hoc utilitatis causa concedendum fuit, ut & alia multa: partim in difficultate conveniendi.

Impossibile enim ferè est, ut totus conveniat Populus & agat. *arg.* §. *Senatusconsultum sup.de jur.nat genti.& civi.* Hinc fit, ut & hodie universitas quælibet agat per Syndicum: de quo est *tit.in D.quod cujusque universit. nomine &c. vel contra eam agatur.* Sic olim Siculi Verrem Proprætorem suum postulaturi Repetundarum & aliorum gravissimorum criminum, Ciceronis ad eam rem operâ usi sunt.

Altera exceptio est in causa libertatis, puta, si de statu hominis agatur, & is vel ex libertate in servitutem ab alio petatur; vel è servitute semetipsum asserat in libertatem: quæ causa liberalis in jure dici solet, & explicata est à nobis *sup.tit.de actionib.* inter actiones præjudiciales. Ratio est, primò favor libertatis, cujus gratia multa etiam alia in jure permissa sunt singularia: Secundo. Quia servus judicio intervenire non potest. Servum hominem causas orare leges non sinunt: inquit Terentius. Interveniebat igitur pro eo alius, qui dicebatur Cognitor sive Assertor. *Hinc Livius ait lib.2.* In his quæ asserantur in libertatem quia quivis lege agere possit, &c.

Tertia est exceptio, ut pupillo quoque liceat per alium litigare, puta per tutorem vel procuratorem: Quod & ipsum receptum est primò propter favorem ætatis pupillaris, quæ seipsam per judicij & consilij infirmitatem atque inopiam regere, sibi consulere, & rebus suis superesse nequit. §. *impuberes. sup. de Attili.tut.& arg.l.1.D.de minor.* Deinde quia pupillus non habet ipse sine tutore legitimam personam standi in judicio. *l.1.& 2.C.qui legit. perso.&c.*

Quarta exceptio ex lege Hostilia erat, ut pro iis qui abessent vel in captivitate apud hostes, vel Reip. causa, alius intervenire posset, qui eorum nomine furti ageret: nec ipsorum tantùm, sed etiam eorum, qui in tutela alicujus ex his personis essent: Idque optima ratione, ne videlicet indefensæ relinquerentur res vel ipsorum absentium, vel pupillorum, qui ipsorum fidei & tutelæ sunt commissi. Nemini enim suam absentiam, quæ præsertim necessaria & justa sit, damnosam esse debere, supra ostensum est *ad §. rursus. de actio.*

Et hæc de jure veteri, tàm de Regula scilicet, quàm de Exceptionibus ejus. Sequitur alterà tituli parte, quomodo id moribus & consuetudine paulatim sit abolitum, & Procuratorum usus introductus: Idque ideò quia durum esse visum est & inhumanum, multisque modis incommodum, adeoque contrarium libertati civium Romanorum, aliquem præcisè cogi ipsummet in jus venire: cum præsertim sæpè fieri possit, ut quis variis impedimentis distringatur, quò minus ipse suis rebus superesse queat: puta quia morbo aliquo laborat (ægrotum autem à lectulo suo, quem ei natura ad quietem dedit, abripi, & in jus vehi, valdè certè ab humanitate alienum fuerit) Item quia debilitatus est senectute, quæ ipsa morbus est; Quia necessaria aliqua peregrinatione abest, vel in captivitate apud hostes detinetur, vel relegatus est, &c. Et quis omnes causas atque occupationes, & omnia impedimenta enumerare possit? Propter has ergo & similes causas, tùm etiam propter libertatem civium Romanorum, perquam necessarius est procuratorum usus, ut qui rebus suis ipse superesse vel nolit vel non possit, ei per alios tanquam vicarios suos vel agendi vel conveniendi facultas sit: *teste Vlpian. in l.1.§.usus.D.de procurat.* Et valet hic quoque id quod vulgò dicitur: Quod quis per alium fecerit, perinde haberi ac si ipse fecisset.

Hodie tàm frequens est Procuratorum usus, ut vix quisquam ipse per se litiget, sed omnes ferè per procuratorem. Est autem hic locus latè patens, An, & quando, & quibus in rebus Procurator intervenire possit vel non possit: verbi gratia. An in accusationibus & judiciis publicis: an per procuratorem jurari possit: an investitura feudi per eum accipi, &c. de quibus alibi latius.

Ad §. Procurator.

III. De forma & modo constituendi Procuratoris sciendum est, Non requiri hìc sollennia sive concepta verba, ut in stipulationibus: non requiri etiam præsentiam vel scientiam adversarij; sed posse quibuslibet verbis, etiam nudis, Procuratorem constitui, & non solùm coràm, item apud acta, sed etiam absentem per Epistolam vel per nuntium, & extra judicium. *ut hic. & l.1.§.1. D. de procur. Paul. lib.1. sent. tit.3.* Unde etiam à muto & surdo procurator dari potest. *l.43.D.de procurat.* Ratio est, quia Procurator constituitur per mandatum. At mandatum consensu nudo contrahitur, nec verba requirit certa aut sollennia, vel scripturam, vel præsentiam: *ut sup. dict. lib.3.* Hodie tamen procuratores ferè constituuntur per mandatum in scripturam relatum, quæ vocatur procuratorium: cujus quæ debeant esse capita, vide *in Reform. Norimberg. tit.5. l.1. & apud formularios.*

Porrò cur præsentia aut scientia aut consensus adversarij hìc non requiratur, ratio est, quia nihil ejus interest, ipse per se dominus litiget, an per alium, & per quem litiget. Præsentia autem ejus demum est necessaria, aut consen-

consensus requiritur illius, cujus interest quid agatur, ne fortè in ipsius præjudicium aliquid fiat. *arg. l.39. D. de adopt. & §. Sed si quis. sup eod.* Ex hoc loco & definitio Procuratoris & divisio una sumi potest. Definitio hæc est: quod Procurator sit is, cui aliquis permisit rem suam agere aut defendere. Ulpian. in *l.1.D.de procurat.* definit eum, qui aliena negotia mandatu domini administrat, Quæ definitio nimis angusta videtur, nisi negotia latè accipias, ut hoc verbo etiam comprehendantur lites & judicia. Nam Procurator vel ad negotia constituitur, vel ad lites & judicia: sive Procurator vel est rerum, vel actionum. *l.33. D.de procurat.* Procurator rerum sive negotiorum est vel omnium, vel aliquarum, vel etiam unius. *d.l.1.§.1.* Rursus, procurator litium (de quo solo hîc ex professo agitur) vel ab actore constituitur, vel à reo: qui proprio nomine etiam defensor dicitur.

Et hæc est divisio, quam dixi hîc in textu tacitè contineri. Est & alia divisio, in Procuratorem, qui pro utilitate domini agit, quicquid agit, & in eum, qui ad utilitatem propriam constituitur, vocaturque Procurator in rem suam: de quo multæ sunt leges *in tit. Digest. de procurat.* Estque inter hos præter cætera etiam illud discrimen, quod executio contra eum qui in rem suam datus est, fieri debeat: Sed in alio vulgari fit contra dominum. *l.61.Plautius.D.de procur.* Dividunt quoque Interpretes Procuratorem ita, ut alius sit cum libera administratione, alius sine libera: de quo explicatur *in l.58. procurator.D.de procurat.*

Ait Imp Cuicunque permiseris. Intellige, qui tamen sit idoneus, nec prohibetur esse procurator. Nam verba legum quantumvis generalia, tamen cum grano salis accipienda sunt & ad idoneos restringenda, ut supra quoque dictum, *ad tit. de actionibus,* ubi de actione constitutæ pecuniæ. Sciendum est enim, non omnibus permissum esse pro aliis postulare vel agere: sicut neque omnibus licet dare procuratorem. *l.43.§.1. D de procur.* ut milites non possunt dari procuratores, ne quidem volente adversario. *l.8.§ veterani.D.de procur. l.7. l.13 C.eod.§.ult.inf.de except.* ubi hac de re pluribus. Sic servus non potest dari procurator ad litem, quamvis ad negotia possit. *l 33.D.de procur.* Sic neque mulier. *l.2.D.de R.I.l.4.l 18.C.de procur.*

Potest autem constitui procurator tàm post litis contestationem, quàm ante. *l.20.C.de procur.& l.46.D.eod.* Imò & procurator post litem contestatam alium pro se constituere potest; non autem ante. *l.8.l.23. C. d.t.* Nam post litis contestationem procurator fit dominus litis. Vt autem quodvis aliud mandatum dominus revocare potest re integra. *§.certa. supra de mand.* Ita & procuratorem ante litem contestatam mutare, vel ipse judicium accipere potest *l.16. D. de procurat.*

Sed post litem contestatam non permittitur hoc indistinctè, neque sine causæ cognitione. *l.17.cum multis ll.seqq.D.de procur.* Vbi causæ aliquot exponuntur, ob quas procurator removeri possit. Sine causa justa nõ potest, quia talis remotio oneraret ipsius pudorem, & existimationem læderet, quasi qui non satis fideliter in causa versatus esset. *l.25. D. de procur.*

Non potest etiam removeri procurator in rem suam datus, vel qui potest uti aliqua retentione *l.25.vers.planè.D.de procur.* Ratio est, quia ipsorum interest, lite non carere, ex qua emolumentum ad ipsos est perventurum. Revocatio autem procuratoris non tantùm expresè fieri potest sed etiam tacitè, & ipso facto, v. g. Si quis diversis temporibus plures constituerit, prior per posteriorem revocatus videtur. *l. si quis cum.§.ult.D.de procur.* De officio procuratoris videatur in D. quemadmodum & de obligatione & actione, quæ inter dominum & procuratorem nascitur, mandati videlicet: de qua est *l.42.§.ea obligatio.D.de procurat.* Mandati inquam directa & contraria. Directa, quæ datur domino contra procuratorem ad reddendas rationes: Contraria, quæ datur procuratori, *ut d. sup. ad tit. de Mandato.* Potest enim procurator expensas litis repetere à domino, & quidem etiamsi litem amiserit, dummodo ne sua culpa. *l.4. C. Mandati.* Quid si dominus litis non sit solvendo, unde procurator servabit impensas? Resp. Paulus, tum desiderare eum posse, ut sibi satisfiat actione judicati; quæ aliàs ipsi domino daretur, non procuratori. *l.30. D.de procur.*

Ad §. ult.

Dictum est, quomodo Procuratores constituantur. Quia verò etiam tutores & curatores alieno nomine agere possunt, puta pro pupillis, pro minoribus, videbatur hîc etiam explicandum, quomodo illi constituerentur. Quod quia *sup.lib.1.* factum est, hîc non repetit Imp. ne actum videlicet agat; sed eò nos ablegat. Observandum autem hîc, non posse tutores & curatores procuratorem constituere pro pupillo suo nomine; sed cum pupillo vel minore posse: item post litis contestationem posse. *l.11. C.de procur.*

Postremò observandum est, etiam maritum in paraphernis uxoris suæ ad agendum admitti, etiam sine mandato, modò caveat de rato, & alia sollennia impleat: Sed si mandatum ei sit ab uxore, non potest mandati fines excedere. *l.21.C.de procur.* Pro nominibus verò uxoris, sive cautionibus fœneratitiis non solùm sine mandato, sed & sine ratihabitione admittitur. *l.ult.C.de pact.conven.* Pater etiam pro liberis sine mandato agere potest tanquam legitimus administrator bonorum maternorum aut aliorum adventitiorum: de quo explicatur *ad l.cum oportet.C.de bon.quæ lib.& ad tit.C.de bon.matern.*

AD TITULUM XI. DE SATISDATIONIBUS.

QUia initio litis satisdationes præstandæ sunt tàm ab his qui suo & proprio, quàm ab his qui alieno nomine vel agunt, vel conveniuntur: ideo rectè sub h. t. explicatur quid quisque cavere cogatur. Cum enim titulo præcedente de Procuratoribus dictum sit inter cætera etiam de defensoribus, qui

qui propriè sunt procuratores reorum: cumque regula juris sit, quæ in hoc tit. bis repetitur: Neminem alienæ rei idoneum defensorem intelligi sine satisdatione: operæ pretium fore arbitratus est Imp. si hac occasione non tantùm de satisdatione defensoris, sed de toto hoc genere isto in loco explicaret.

Sunt autem hujus tituli duo capita: In primo proponitur Jus vetus satisdationum: In altero jus novum, *à §. sed hodie, usque ad fin. tituli.* Satisdationé ita definire possumus *ex Cajo in l. 1. D. Qui satisdare cog.* Ut nihil sit aliud quàm cautio, qua adversario nostro pro eo quod à nobis petijt, ita cavemus, ut eum hoc nomine securum faciamus, datis fidejussoribus. Sciendum est enim, Cautionem vel esse simplicem ac nudam, vel idoneam. Nuda cautio, (quæ appellatur *in l. 2. §. sed si dubitetur. D. de judicijs.*) est promissio quæ fit nudis verbis, vel etiam chirographo, non adhibito pignore aut fidejussore: cui si accedat jusjurandum, dicitur cautio juratoria. *§. sed hodie infr. h. t.* Et hæc nuda cautio sive repromissio adeò non comprehendit sub se satisdationem, ut etiam illi opponatur. *l. 3. C. de verb. sign. & l. 1. §. stipulationum D. de stipul. prætori.* Idonea cautio vel fit pignoribus datis, vel fidejussoribus. *l. 1. §. jubet. D. de collat. bon. l. 4. §. addici. D. de fideic. lib. l. 21. §. ult. D. de pec. const.* Et cautio quæ fit datis fidejussoribus propriè dicitur satisdatio: Quamvis interdum etiam nuda repromissio satisdationis appellatione contineatur, si nimirum ea contentus fuerit & acquieverit is, cui satisdatio debebatur. *l. 61. D. de verb. sig. & d. l. 4. D. de fideic. lib.* Sed hoc impropriè, & tantùm quoad effectum: ac sibi suæque facilitati imputare debet, qui pro satisdatione nudam promissionem admittit: quemadmodum etiam de creditore dicitur, qui satisfactionem admisit vice solutionis. *l. 6. §. 1. D. Quib. mod. pig. solv.* Cum autem satisdationum variæ sint species, & partim extrajudiciales, partim judiciales: hîc de posteriore tantum genere agitur, omisso priore, de quo aliquid diximus *supr ad divis. stipulat.* ubi de Stipulationibus prætorijs. Judiciales satisdationes hîc appellamus eas, quæ propter judicium interponuntur, non obstante eo, quod etiam extra judicium præstari possunt, ut docet Imp. *in §. si verò aliquis infr. h. t.*

Porrò satisdationes judiciales potissimum tres sunt: I. Judicio sisti. II. Rem ratam haberi. III. Judicatum solui. Quæ tertia species in se tres clausulas complectitur: de re judicata: de re defendenda: de dolo malo. *l. 6. D. Iudic. solui.* Et ex eâ clausulâ denominatur, quæ est potissima, ut fieri solet, *teste Cicerone 5. de finib. & facit huc l. 10. D. de statu homi.* Sed distinctè videamus. I. De veteri jure ac more in satisdationibus recepto. II. Quomodo hodie satisdationes præstentur. Jure igitur veteri primò distinguebatur inter actiones in rem, & in personam, hanc enim summam esse actionum divisionem meministis *ex §. 1. sup. de action.*

Distinguebatur deinde inter actorem & reum, & utriusque procuratorem. Hoc autem de actore ipso generale erat, eum nunquam satisdare, sive in rem sive in personam agat. Quid enim satisdaret? Non potest satisdare Judicatum solui, quia ipse sibi ab alio dari & solui oportere intendit ac petit: Non potest etiam de rato, quia quod ipse agit, ipsi etiam præstandum est, neque expectan-

dum donec ab alio ratum habeatur. Ut enim ex Basilio Magno ait Ambrosius: quorum nos sumus domini, horum principia extrinsecus non requiramus, nec derivemus in alios, sed agnoscamus ea, quæ propriè nostra sunt *c.6. illa cavenda 15. q.1.*

Tantùm igitur nobis videndum est de reo, & de procuratore tàm actoris quàm rei, Quando & quid illi satisdent. Et reus quidem in actione in rem præstabat Judicatum solui satisdationem; Id est, promittebat stipulanti, & quidem alijs fidejussoribus adpromittentibus, se soluturum id, quod judicatum fuisset. Inde enim nomen habet hæc satisdatio, à re videlicet ipsa, sicut debent esse nomina convenientia rebus ipsis. §. *est & aliud vers. sed nos supr. de donat.*

Hæc stipulatio committitur, si reus condemnatus non restituat rem, vel litis æstimationem non præstet: ut jam possit actor sive petitor experiri vel cum ipso reo, vel cum ejus fidejussore. Erat enim in arbitrio actoris positum, utrum mallet reum principalem convenire, an vero fidejussorem. *l. 5. C. de fidejuss.* Sed postea constitutum est, ut prius cogatur excutere reum principalem, quàm ad fidejussorem pervenire possit; de quo ordinis beneficio *supr. d. ad tit. de fideiuss.* Rectè autem Imp. hîc reum in actione in rem vocat Possessorem, & actorem vocat Petitorem, nam actiones in rem propriè dicuntur petitiones. *l. 28. D. de obl. & act.* Et possessio actioni in rem parit adversarium: ut dicitur *in l. un. C. de alien. judic. mut. caus. fac.* Quæret quispiam, An ergo non etiam sine hac satisdatione reus ad judicatum soluendum cogi poterat? ℞. Maximè verò: Sed utilius ac tutius est plures actiones habere ad rem suam consequendam, & quidem etiam contra fidejussores, si fortè reus principalis non sit soluendo. Et hæc de Satisdatione Rei principalis in actione in rem.

Porrò satisdationem præstare cogebatur etiam procurator sive defensor rei, & quidem multò magis: at non tantùm hanc ipsam, Judicatum solui, sed etiam alteram, Rem ratam dominum habiturum, id est, approbaturum quidquid ipse egisset. *l. 40. §. sed & is. D. de procur.* Nam si mandatum intervenerit, & de eo certò constet, non est opus hac altera satisdatione. Eandem satisdationẽ de rato etiam Procurator actoris præstare cogebatur. Ratio hujus satisdationis de rato est, ne judicium reddatur elusorium, iterum scilicet de eadem re agente domino, quòd dicat, Rem inter alios actam vel judicatam sibi non præjudicare vel nocere, ut est regula Juris certa & sæpè repetita. *l.16. D. de jurejur. & relata quoque in tit. C.*

Sed hoc inter procuratorem actoris & procuratorem rei interest, quod hic etiam sine mandato admittitur, modò caveat de rato; ille non admittitur, si constet mandatum ipsi non esse, ut maximè de rato cavere paratus sit: Sed ita demum auditur, si dubitatio incidat de mandato. Differentiæ ratio rectè redditur à Wesenbecio ad finem hujus tituli, Quia scilicet publicè utile sit, absentem defendi à quolibet, etiam sine mandato. *l. 33. §. publicè. D. de procur.* Sed alium agere nomine absentis, non æquè utile est. Defensio enim est favorabilior, & favores sunt ampliandi. *c. odia. de R. I. lib. 6.*

Quia

Quia vero alieno nomine non solùm procurator agit vel judicium accipit, sed etiam tutor & curator, ut in tit. præced. dictum: verba edicti efficiunt, ut hi quoque eodem modo satisdare cogantur. Sunt enim verba generalia *in l. 33. §. ait Prætor. D. de procur.* Quamvis Accurs. putet, hoc edictum non extare. Nonnunquam tamen his agentibus satisdatio remittebatur, si nimirum certò constet, eos esse tutores vel curatores. Tunc enim quia dominorum loco habentur. *l. 56. § qui tutelam. D. de furt. l. 7. §. si tutor. D. Pro emptore. & l. 27. D. de admin. tut.* Ideo non est necesse, ut de rato caveant: sufficit, si tum satisdent Judicatum solui. *l 23. D. de admin tut.* Sequitur de satisdationibus in actione personali. Hîc à procuratore actoris satisdatio de rato exigebatur; à reo ipso hîc non exigebatur satisdatio Judicatum solui, à procuratore rei verò satisdatio præstanda erat de rato & insuper de Judicato soluendo. Ratio, cur procurator rei non admitteretur sine satisdatione, est, Quia nemo rei sive litis alienæ idoneus defensor est sine satisdatione: quæ celebris est juris regula: *ut hic verf. si vero in personam & §. si verò reus infr. h. t. l. 46. §. qui alium & l. 53. D de procur. l. 110. §. 1. D. de R. I.* Ratio autem differentiæ, cur in actione in personam reus non cogeretur satisdare judicatum solui; in actione verò in rem cogeretur, hæc est, Quia in actione in rem versatur res certa, quam ne reus corrumpat vel alienet, metuendum est: proindeq; per satisdationem ipsi occurritur: Sed in actione in personam hoc non metuimus, cum hîc non versetur certa res sive species, sed debitũ sive nomen, sive quantitas & genus. Observanda est hîc obiter periphrasis Rei, quem ita describit Imp. Is cum quo agitur: ut etiam *in pr. tit. infr. de except. Sic Vlp. in l. 3. D. de jurejur. l. 40. qui exceptionem in p. D de cond. indeb. Cic. 2. de Invent. & alibi.*

Ad §. Sed hodie.

Sequitur jus novum de Satisdationibus. Jure novo reus non amplius cogitur satisdare judicatum solui, sive de litis æstimatione præstanda, neque in reali neque in personali actione: sed tantùm cavere debet de lite persequenda, sive de permanendo in judicio usque ad sententiam definitivam, sive ad finem litis. Et quidem de eo cavet tripliciter, pro distinctione scilicet personarum: vel per cautionem juratoriam: vel per nudam repromissionem: vel denique per satisdationem. I. Cautionem juratoriam præstant viri illustres. *l. pen. C. de dignitat. lib. 12.* Idque speciali privilegio ipsis concessum est. Eandem præstant & alij, qui fidejussores reperire non possunt: ut notatur *ad l. ult. D. Qui satisdat. cog.* Facit huc *auth. generaliter. C. de Episc. & cleric.* I I. Nudæ promissioni & suæ fidei relinquuntur primò clerici quidam. *l. 25. & l. 33. §. in hac. C. de Episc. & cler.* Quod religioni datum est. I I. Qui possident immobilia. *l. 15. D. Qui satisdat. cog.* Si tamen illa prædia tanti sint prætij, ut liti respondeant: Et si bona fide possideantur: Et quidem si in eo loco, ubi judicium agitatur. Alioqui enim eorum possessor ab onere satisdationis non relevabitur, *ut rectè Accurs. hic annotat, & sequuntur Barth. Ias. & alij ad d. l. 15.*

III. Satis-

III. Satisdationem denique præstant cæteri omnes, qui non sunt specialiter excepti. Notanda est igitur hæc nova satisdatio de permanendo in judicio usq; ad terminum litis: cujus mentio fit *in Nov. 53. 96. & 112. Accurs. hic putat*, eandem esse cum judicio sisti. Sed magis videtur convenire cum altera clausula satisdationis, Judicatum solui: quam diximus esse de re defendenda. A judicio sisti differt primùm in eo, quod hæc est de judicio inchoando; illa est de eo ad finem perducendo.

Deinde Judicio sisti satisdatio ante litem contestatam committitur; De permanendo in judicio committitur post litem contestatam. Sequitur secundo loco de procuratore: & primò quidem Actoris. Hic ergo satisdare debet de rato, nisi vel mandatum exhibuerit & actis insinuârit. *l. 65. D. de procur.* vel à domino præsente in judicio constitutus sit. *l. un. C. de satisdando.* His enim casibus non est metuendum, ne amplius agat ipse dominus, atque ita prius judicium reddatur elusorium: Ideoque hìc non est necessaria cautio de rato, quia constat de voluntate & mandato domini, qui dum per procuratorem litigat, ipse litigare videtur: & proinde si iterum experiri velit, obstabit ei exceptio rei judicatæ. Nemo enim venire potest contra factum proprium, ut vulgò dicitur. Nemini quoque bis de eadem re judicium redditur. Cæterùm quod diximus, Procuratorem admitti cum satisdatione de rato, id intelligendum est *ex l. 1. C. de Procur.* de eo casu, quando incertum est, an negotium ipsi mandatum sit. Nam si certum sit, mandatum ei non esse, non admittitur, ne quidem cum hac satisdatione, *ut & supr. admonui.* Excipiuntur tamen personæ quædam conjunctæ, quibus sine mandato agere licet, modò caveant de rato: de quib. *vid. l. 35. in pr. D. de procur. l. 12. l. 21. C. eod. Et Reformat. Norimb. tit. 5. l. 4.*

Tertio, Etiam tutor, curator, & similes personæ, quales sunt Syndici, & Actores universitatum, Item Oeconomi Ecclesiarum, & aliarum piarum domuum, de rato cavere debent, nisi mandatum exhibere possint, vel à præsentibus principalibus constituti sint. Tutor tamẽ & curator, si certò constet ipsum esse in hoc officio constitutum, non cogitur satisdare: ut supr. dictum *ex l. 23. D. de admin. tut.* Sanè ante litis contestationem tutor vel curator procuratorem alium constituere non potest; postea vero potest, tanquam scilicet dominus litis jam effectus. *l. 11. C. de procur. Reform Norimb. d. t. 5. l. 3.*

Quarto, Procurator rei vel præsentem defendit, vel absentem. Procurator rei præsentis non satisdat; sed reus ipse cavet, Judicatum solui: cujus satisdationis tres esse clausulas *sup. dixi.* Idque vel in judicio vel extra judicium facit, simulque omnia sua bona actori hoc nomine obligat hypothecæ: & denique promittit, se in judicio compariturum tempore pronuntiandæ sententiæ. Quòd si non compareat, tenebitur fidejussor ad faciendum judicatum. Addit Imp. Nisi fuerit provocatum. Nam per appellationem liberatur fidejussor, cum jam incipiat aliud esse judicium, quòd vulgò vocatur secundæ instantiæ: Anianus Interp. Sent. Pauli vocat Secundam audientiam. Procurator denique rei absentis ipse satisdare debet Judicatum solui. Nam etsi publicè utile est, absentes defendi à quolibet. *l. 33. §. publicè. D. de procur.* Et proinde mandatum hìc nullum exigi-

exigimus, ut in procuratore actoris : tamen nemo idoneus defensor est litis alienæ sine satisdatione : de qua regula supra quoque dictum. *Vid. Reform. Norimb. d. loco in fi. tit. 5. l. 3.* Quæret aliquis, cur actoris hîc nulla fiat mentio? Quia is neque veteri jure neque novo satisdare cogitur, ut jam supr. d. Jure tamen novissimo, quod est *in Nov. 96. & 112.* cogitur etiam actor satisdare: I. Se vel intra duos menses litem contestaturum, vel omne damnum, in quod reus incurret, in duplum restituturum. II. Se usque ad finem litis in judicio permansurum, & si convictus fuerit, litem injustè movisse, sumptuum & expensarum nomine reo soluturum decimam partem ejus quantitatis, quam ab ipso petijt. Ex dd. autem Novellis descripta est *auth. libellum. C. de lit. contest. & auth. generaliter. C de Episc. & cler.*

Ad §. ult. Quæ omnia.

Ait Imp. Formam & modum satisdationis non aliunde melius ac perfectius cognosci posse, quàm ex quotidiano usu & praxi forensi, qui optimus sit magister, & artifices hîc quoque, ut in alijs artibus & studijs facere possit. Quod de una specie & particula juris hîc dicitur : idem dictum putemus de universo jure, in quo discendo ita versari debemus, ut omnia ad usum & mores nostros accommodemus. Non enim cognitionis, sed actionis causa discendum est jus: quemadmodum de tota Philosophia practica scribit *Aristoteles 1. Ethicorum.* Et ideo sæpè moneo, ut alterum quasi oculum in praxin hodiernam & stylum fori & curiæ intentum habeamus. Revocat autem nos Imp. ad morem suo tempore Constantinopoli receptum : qui mos cęteris provincijs imperio Rom. subiectis sequendus sit: ita quidem, ut si quid alibi fortè aliter per imperitiam observetur & (ut loquuntur) practicetur, id in melius reformetur secundum hunc morem. Sic olim vetus Roma (urbs Æterna) & jus quo illa utebatur, erat quasi norma ac regula, ad quam deficientibus scriptis legibus recurreretur : teste Juliano *in l. 32. D. de ll.* quem laudat Imp. *in l. 1. §. sed et si. C. de vet. jur. enucl.* Et meritò. Est enim Roma communis nostra patria, cujus omnes sunt cives, quotquot sunt in orbe sive imperio Romano. *l 33. D. ad municipal. l. 17. D. de stat. homin.*

Postea cum jam sedes & aula imperij translata esset Byzantium in urbē Thraciæ (quæ à Constantino Magno ejus instauratore Constantinopolis dicta est.) Nova Roma hæc dici cœpit; Et altera Roma Italiæ, Vetus sive Senior Roma : ut *in Novel. 131.* ubi Justinianus sancit, ut Papa Senioris Romæ primus sit omnium Sacerdotum : Et Archiepiscopus Novæ Romæ seu Constantinopolitanus secundum ab eo locum obtineat. Qui primatus sedis Apostolicæ etiam stabilitus erat ante à Theodosio & Valentin. in *Novellarum lib. tit. 14.* Sic nos hodie maximè attendere solemus, quid in supremo Imperij tribunali Spirę observetur. Quam ad rem utilissimæ sunt observationes practicæ Joach. Mynsingeri & And. Gail. item Bernhardi Wurmseri & Hartmanni ab Eppingen Schvvanemanni, quibus recens accesserunt & alia aliorum opera ut Petri Frideri Mindani.

AD TIT. XII. DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUÆ AD HÆREDES ET IN hæredes transeunt.

HOc tit. duo præcipuè explicantur : I. Quænam sint actiones perpetuæ, quæ temporales. II. Quæ actiones dentur hæredibus & adversus hæredes, quæ non dentur. Videri igitur alicui possit, quasi duæ novæ actionum divisiones hic adferantur: Una in perpetuas & temporales: Altera in transitorias ad hæredes, & non transitorias: quod & A. Contio in Tabulis probatur. Ideoque gl. hîc voluit, debuisse hunc tit. immediatè subjici & cohærere proximè tit. De actionibus, ut scilicet uno loco continuo omnes actionum divisiones proponerentur. Sed verius videtur, hunc tit. ideò hîc collocatum esse, quia pertineat ad locum de tollendis actionibus, docetque, quamdiu actiones durent ac vivant; & quando contrà extinguantur: qui locus solet usque ad finem cujusque materiæ reservari, postquam satisdictum est de rei constitutione.

Cum ergo quæritur, sitne aliqua actio perpetua, an temporaria, spectandum est, an sit civilis, an prætoria. Regulariter enim & ut plurimum actiones, quæ ex jure civili descendunt, ut ex lege aliqua, vel plebiscito, vel SC. vel constitutione Principis, &c. sunt perpetuæ: quæ verò à Jurisdictione Prætoris substantiam capiunt, eæ annuæ esse solent, ut hic in pr. Perpetuam actionem aliter olim, aliter hodie vocamus. Olim perpetua dicebatur actio, quæ nunquam lapsu temporis expirabat, nunquam præscribebatur. Hodie tametsi constitutionibus principum omnes actiones certis finibus ac terminis metisque annorum circumscriptæ & inclusæ sint, ut hîc prolixè docet Accurs. in verb. constitutionibus : adhuc tamen rectè hæ actiones appellantur perpetuæ, respectu scilicet Prætoriarum, quæ sunt annuæ.

Ratio, cur civiles actiones perpetuæ sint, est, Quia & causam habent perpetuam, nimirum jus civile, cujus vis ac potestas perpetuò durat. Cur autem Prætoriæ annuo tantùm spacio plerumque durent, ratio est, quia & Prætoris ipsius imperium sive Jurisdictio anno tantùm durabat: (Unde & Cicero in Verrinis Edictum testatur appellatum fuisse quasi proverbio Legem annuã.) Non debent igitur diutius vivere actiones, quas ipse introduxit. Sed neque civiles actiones omnes sunt perpetuæ, neq; prætoriæ omnes annuæ. Placet enim quod hîc scribit Accurs. Actionem injuriarum, quæ ex lege Cornelia descendit, quãvis sit civilis, tamen anno præscribi. Idemque probatur etiam Dominis de Rota *Decisi. 240. in Novis, cum Addit. ibid.*

Pro qua sententia ante aliquot menses in collegio facultatis nostræ ex facto consulti respondimus, & post collegium Ingolstadinum subscripsimus. In prætorijs autem primò distinctio est adhibenda inter pœnales & rei persecutorias, tradita à Cassio, & approbata à Paulo *in l. 35. in honorarijs. D. de obl. & act.*

Quæ

Quæ rei persecutionem habent, sunt perpetuæ, nisi contra jus civile dentur: quæ vero pœnam persequuntur, ferè sunt annuæ: excepta actione furti manifesti in quadruplum. Quæ sint actiones rei persecutoriæ, quæ pœnales, repetatur *ex tit. de Actionib.* R. Diff. inter prætorias actiones rei persecutorias & pœnales; cur inquam illæ perpetuæ sint, hæ temporales, sive annuæ, est, Quia illæ sunt favorabiles, istæ odiosæ. Odia autem sunt restringenda & coarctanda quantum fieri potest: favores vero ampliandi *c. odia. de R. I. in 6. l. 19. D. de lib. & postu.* Excipitur primùm actio Rescissoria, de qua dictum est *in §. Rursus supr. de action.* Quæ quamvis rei persecutoria sit, tamen annuæ est, ideo, quia contra jus civile datur. Rescindit enim usucapionem, quæ secundum jus civile rectè completa fuit: atque ita etiam ipsa odiosa est, ut omnes restitutiones ac rescissiones eorum quæ ex præscripto juris civilis rectè gesta & perfecta sunt, non temerè conceduntur.

Excipitur deinde actio furti manifesti: quæ tametsi prætoria sit, ac proinde anno terminanda esse videatur, cum præsertim sit pœnalis: tamen est perpetua. Ratio est, Quia hæc actio ad pœnam quadrupli, successit in locum pœnæ civilis, quæ ex 12. tabulis longè gravior erat in furem manifestum, *ut sup. d. est ad §. pœna. tit. 1. hujus lib.* Cum igitur Prætor satis clementer ac benignè egerit cum fure manifesto, pœna corporali conversa in pecuniariam: absurdum fore existimavit, si etiam in temporis brevitate eundem sublevaret. Quemadmodum enim gravatus in uno relevari debet in altero: Ita relevatus in uno gravari debet in altero: ut vulgò dicitur Accedit hoc quoque quod quamvis sit pœnalis hæc actio: tamen propter rem familiarem ejusque conservationem maximè introducta est. Sic & actio servi corrupti est perpetua. *l. 13. D. de serv. corrup.*

Ait Imp. In perpetuum, id est, ad XXX. annos (quæ longissima est mensura vitæ actionum in personam, *ut ait l. 2. C. de const. pecu.*) extendi eas actiones, quas Prætor accommodat bonorum possessori & alijs qui sunt loco hæredum, id est, his quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas. Hæ actiones sunt, bonorum possessoria hæreditatis petitio, Et, fideicommissaria hæreditatis petitio: de quibus proprij extant tituli *lib. 5. Digest.* Quod autem bonorum possessores vice hæredum habeantur, *docui supr. ad tit. de bon. poss. ex l. 117. D. de R. I.* Sed hîc illud non abs re quæritur, cum edictum Prætoris tandem non amplius fuerit annuum, sed per l. Corneliam cœptum sit jus dici ex Ed. perpetuo, An ergo ob id omnes actiones Prætoriæ quoque debuerint fieri perpetuæ? Videbatur hoc dicendum, Quia cessante ratione Juris cessat & jus ipsum. Ideoque non desunt qui hîc Tribonianum & cæteros compositores Juris arguant oscitantiæ & imprudentiæ, qui hæc non immutarint.

Dicerent illi aliquid, si, cur quædam actiones Prætoriæ annuæ sint, ejus rei hæc sola esset causa, quòd Prætoris imperiũ fuerit annuum. Nũc cum plures sint causæ, ut quia actiones illæ sunt pœnales, ut quia dantur contra jus civile & proinde meritò tãquam odiosæ breviore tẽpore includuntur: injuriam faciunt

Triboniano, imò & veteribus Jurisconsultis, quorum tempore quamvis jam tum fuerit edictum perpetuum, tamen illi quasdam actiones prætorias annuas esse tradiderunt: *ut Paul. d. l.35.* Quoties enim plures causæ ac rationes sunt alicujus juris, non est satis unam cessare, ut ob id cesset jus ipsum: sed oportet ut omnes cessent. Porro de diversis actionum temporib. librum eruditissimū scripsit Cujac. ad imitationem Eustachij Græci Interpretis, qui ad h. tit. utiliter adhibetur.

Ad §. Nam autem.

Secunda tituli parte explicatur, Quænam actiones dentur in hæredes, quæ non dentur. De qua re latissimè patente, & per totum fermè jus diffusa hæ regulæ & exceptiones tenendæ sunt.

Prima regula sit: Omnes actiones sive civiles sint, ipsoq; jure competant sive sint prætoriæ, quæ quidem rei persecutoriæ sunt, dantur & hæredibus & in hæredes, etiamsi oriantur ex contractu, in quo dolus intervenit. *l.12. & l.49. D. de obl. & act. l.152. §. ult. l.157. §. ult. D. de R. I.* Excipiuntur actiones in rem, quæ quamvis sint rei persecutoriæ, tamen non dantur hæredib. neq; in hæredes, quatenus sunt hæredes, *ut supr. dixi ad tit. de action. initio.*

Secunda regula sit: Actiones pœnales ex maleficijs & q. maleficijs dantur quidem hęredibus, sed non in hæredes: Quæ certissima Juris regula hîc dicitur, & sæpè repetitur in Legibus. *ut in l.38. l.111. §.1. D. de R. I. §. ult. supr. de obl. quæ ex del. nasc.*

Hinc sæpè in Pand. ita loqui videmus JC. Hæc actio non datur contra hæredes, quia pœnalis est, vel, quia meram pœnam continet. *l. un. §. ult. D. Si quis jus dicenti non obtemp.* Exempla colligi plura poterunt ex classib. I. Oldendorpij, si in singulis actionibus inspiciatur caput: Quid de hæredibus sit. R. Dub. cur inquam hæres etiam ex delicto defuncti teneri videatur est, quia hæres succedit in omne jus defuncti, adeò, ut etiam eadem cum defuncto persona esse dicatur, & factum ipsius præstare debeat. R. T. Decid. E. Quia in delictis non versatur jus sed factum, ut & in pœnis. Facta autem & pœnæ sunt personalia. Ideoq; hæres in pœnam non succedit. Pœnæ enim suos tenere auctores debent, cum pœna constituatur in emendationem hominum, quæ mortuo eo in quem constituitur, definit. Unusquisq; ex suo admisso sorti subijcitur, nec alieni criminis successor constituitur. *l.20. & l. 26. D. de pœn. l.22. C. eod. l.2. §. pen. D. de decurion. l. 7. D. de bon. damnat.* Unde est quod dicitur, delicta & noxas caput sequi. *l. 1. §. si apud servum. D. depositi. l. 1. §. ult. D. de priv. del. & dixi supr. ad tit. de nox. act.* Cum ergo hæres non obligetur ad pœnam ex delicto defuncti privato, multò minus aliqua pœna ob crimen publicum affici poterit. *l. 20. D. de accusat. vid. gl. hîc in verb. ex maleficijs.* Sed ab actionibus pœnalibus ex maleficijs, quas hæredibus dari dixi, excipitur actio Injuriarum, quæ hæredibus non datur. *l.13. D. de injur. l.1. §. 1. D. de privat. delict. l. 10. §. qui injuriarum. D. Si quis cautionibus, &c.* Ratio est duplex: I. Quia actio injuriarum non tàm pecuniæ persecutionem quam meram continet vindictam. *l. 2. §. emancipatus. D. de collat. bon.*

Non

Non pertinet ad rem familiarem, ſed magis ad ultionem: ut de ſepulcri violati actione ait *l.6.& l.pen.D.de ſepul. viol.* II. Quia non computatur in bonis noſtris antequàm litem conteſtemur. *l.28.D.de injur.* Illud tamen memorabile eſt, quod licet ad hæredes non pertineat injuriarum judicium, tamen ad ſucceſſorem in dignitate tranſeat. Ut ecce, pro injuria illata Prælato tanquam prælato poteſt ejus ſucceſſor agere quamvis non fuerit lis cum injuriante conteſtata à defuncto. Cujus illa eſt ratio, Quia dignitas non moritur. *Panorm. in c. quod ſicut. de elect. col.3. quem refert & ſequitur Coſtal. ad l. proponebatur. D. de judiciis.* Excipiuntur & aliæ actiones, quæ ſimilem cauſam habent: ut querela inofficioſi teſtamenti, quæ niſi præparata ſit à defuncto, non tranſmittitur ad hæredes: ut docui ſupra *ad tit. de inoff teſta.* Item actio in factum ex edicto de in jus vocando. *l.pen.D.de in jus voc.* Item actio de effuſis & dejectis ob damnum libero homini datum. *l.5.§.5.hac autem actio.in fi.D.de his qui effud.vel dejec.* Sic olim actio de moribus (quæ hodie ſublata eſt, *tit. C. de repud. & judicio de morib. ſublato*) non dabatur hæredibus. *l.1.C.Th.de dotib.lib.3.tit.13.* Sic revocatio donationis ob ingratitudinem donatarij, quæ competebat donatori, non datur ejus hæredi. *l.7.C.de revoc.donat.* ex quo argumentum duxerunt Azo & alij ad actionem feudi revocatoriam ob culpam, neque hæredi neque in hæredem dandam: qua de re *in Partitionib. noſtris feudalib. cap.26. ad finem diximus.* Sic actio in factum ex edicto de calumniatoribus non datur hæredibus. *l. 4. D. de calumniat.* Quamvis hujus rei aliam eſſe rationem ait Accurſ. Notandum eſt autem quod dixi, Actiones pœnales ex maleficiis non dari in hæredem. Sunt enim & actiones quædam pœnales ex contractibus: quamvis hæ potius ſint mixtæ: ut actio redhibitoria ex venditione rei vitioſæ. *l.23.§.ſi ſervus.D.de adil.ed.* Ut actio depoſiti in quibuſdam caſibus, quæ datur in duplum propter inficiationem, *ut ſupra dict. in §. rei perſequendæ.verſ.planè.& in §.ſed furti.tit.de actionibus.* Et hæc quoque actio depoſiti neceſſarij ob has cauſas facti non datur contra hæredem niſi in ſimplum. Nam ad hunc tantùm caſum reſtringenda ſunt hæc verba textus: ex contractu actio contra hæredem non competit: ut rectè Theoph. Ex aliis enim contractibus tenentur ſucceſſores etiam ex dolo defunctorum: & quidem tenentur non tantum in id, quatenus ad eos pervenit, ſed in ſolidum, etiamſi nihil ad eos pervenerit, id eſt, pro ea parte qua hæredes ſunt: ſi ex aſſe, in totum: ſi ex ſemiſſe vel ex alia parte, pro ea parte. *l. 12. l. 49. Dig. de obl. & act. l.152.§.ult.l.157.§.ult.Digeſt.de R.I. l.121.D.de verb.oblig. l.ult.§.1. Dig. de fidejuſſ. tut.*

Sit igitur nobis hæc tertia regula: Actiones ex contractibus defuncti, etiamſi dolus in his verſetur, à defuncto admiſſus, dantur in hæredes. Excipitur actio depoſiti ex cauſis ſupra dictis, quæ in hæredes non datur in duplum, ſed tantùm in ſimplum. *l.1.l.7.& l.18.D.depoſ.* Addit Accurſ. etiam alias tres actiones, quæ ex contractu licet natæ, tamen in hæredes non dentur: quæ hic in gl. videri poſſunt.

Quarta regula, vel potius exceptio à ſecunda regula hæc ſit: Actiones pœnales, ſi à principalibus perſonis lis fuerit de his conteſtata, tranſmittuntur

in hæredes: dantur inquam tàm hæredibus quàm contra hæredes. *ut hic. & l. 87. l. 164. D. de R. I. l. 33. l. 58. D. de obl. & act. l. un. C.* Ex delictis defunctorũ in quantum hæredes conveniantur. *l. 20. §. non autem. D. de accusat. l. pen. D. de in jus voc.* Ac ne quidem de dolo actio excipitur: quæ licet per litis contestationem non perpetuetur, *l. ult. C. de dolo:* tamen eam in hæredes nõ transire propter judicium cum def. acceptum, nusquam lectum. Est igitur hîc observandus insignis effectus litis contestationis, quod per eam actiones ad hæredes transmittuntur, quæ aliàs non transmitterentur: & quod in bonis nostris computantur, quæ antea nõ computabantur. *l. 28. D. de injur.* Habet illa etiam hunc effectũ, quod actiones, quæ morte vel tempore extinguerentur, ejus beneficio salvæ permanent, in tutum rediguntur, & perpetuantur. *l. 139. D. de R. I. l. 9. §. si is qui temporaria. D. de jurejur. l. 24. ordinata. in pr. D. de lib. causa.* Uterq; effectus conjungitur à Paulo *in l. ult. D. de fideicom. tut.* Litis contestatione (inquit) & pœnales actiones transmittuntur ab utraq; parte: & temporales perpetuantur. Et hinc ait idem Paulus, Non solere deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem contestati sunt, quàm si non; sed plerumq; meliorem. *l. 86. D. de R. I.* ubi & alij plures effectus litis contestationis explicari solent ab Interpretibus. Ratio illa est, quia judicio quasi contrahitur & fit novatio (necessaria scilicet) *l. 3. §. idem scribit. D. de peculio. l. 29. D. de novat.*

Quinta conclusio sit, (quæ item est exceptio à secunda regula;) Actiones pœnales ex delicto defuncti dantur in hæredes ejus, in id, quatenus ad eos pervenit. *l. in pr. D. de vi & vi arm. l. 38. l. 44. D. de R. I. d. l. un. C. ex del. def. in quant. hær. conven.* cui simillimum extat rescriptum Imp. Aurelij *in Cod. Hermog. eod. tit.* Utrobique etiam ratio hujus juris redditur: Ne videlicet hæredes alieno scelere ditentur. Et hoc est quod toties in jure dicitur: Turpia & injusta lucra & scelere quæsita hæredibus extorquenda & auferenda esse, licet crimina extinguantur. *l. 5. D. de calumniatorib. l. 16. in fi. D. quod met. causa. l. un. C. ex delict. defunct. &c. l. quod ait Prætor. D. quæ in fraud. cred. l. 2. §. 3. D. de vi & vi arm.* Sufficit autem si vel momento ad hæredem aliquid pervenerit ex dolo defuncti. *l. 127. D. de R. I.* Ex dolo igitur defuncti tenetur hæres tantummodo quatenus ad eum pervenit: Sed ex suo & proprio dolo tenetur in solidum. *d. l. 44. D. de R. I. l. 9. §. ult. D. de tribut. act.*

Excipitur actio vi bonorum raptorum, quæ non datur adversus hæredes, quamvis aliquid ad ipsos pervenerit ex rapina. *l. 2. §. ult. D. de vi bon. rapt.* Quia putavit Prætor hîc sufficere condictionem. Intellige, si dominus rei fuerit actor, alioquin præstabit agere vi bonor. rapt. quæ etiam non domino datur. Hanc condictionem Accurs. & plerique omnes Interpp. hîc (etiam Giphan.) putant esse furtivam. Interdum & triticiaria datur. *l. 1. D. de cond. tritic.* Notandum hîc, condictionem furtivam dari in hæredem furis in solidum, quamvis nihil ad eum pervenerit. *l. ult. D. de serv. corrupt. l. contra. D. Rer. amot. l. 7. si pro furt. §. ult. furt. & l. 9. D. de cond.* Quod idem etiam de actione rerum amotarum dicendum. *per d. l. contra. non obstante l. ult. C. rer. amot.* Quidam hîc etiam agunt de accusationibus publicorũ criminum, quando eæ in hæredes transeant vel non.

Sed

Sed id huic loco alienum est. Adhuc enim agitur de privatis judiciis; non de publicis: de quibus infra *tit. ult.*

Ad §. ult. Superest.

Finis & exitus judicij esse solet condemnatio vel absolutio rei per sententiam judicis facta: *de qua inf. dicetur tit. pen.* Condemnatio Rei sequi solet, si actor suum jus sufficienter probarit ac deduxerit; Absolutio, si non probarit. *l. 4. C. de edendo. l. ult. C. de rei vind.* Quid ergo si reus sententiam antevertens ultrò bonâ fidem agnoscat, & actori solvat, ac præstet id quod debet, & de quo est judicio conventus sive (ut Impp. loqui solét) lite pulsatus, an condemnationé effugiat, quæri potest. Et ait Imp. hunc absolvendum ac dimittendum esse: Omnia namq; judicia esse absolutoria. Idem dicitur *in l. 5. D. de public. & vectig. Vide & l. 21. l. 73. D. de procur. l. ult. §. 1. D. quæ in fraud. cred. l. 14. §. ult. D. quod met. caus. l. 34. §. ult. D. de jurejur.* Si reus solvat, absolvit eum judex, inquit Ulp. Ne quis auté miretur, cur id hoc loco quæratur, dicere possumus, hunc §. esse parasceven ad tit. seq. de Exceptionib. quæ Reo adversus Actoris intentionem competunt: Quâ ordinis rationem Wesenb. hîc reddere videtur. Vel etiam illam petere possumus ex R. Dubit. quæ est, quod post litis contestationé, (de qua paulò ante dictū quid quantumq; valeat in actionib. pœnalibus ad hæredes transmittendis,) non videatur audiẽdus debitor solvere volens invito creditori: Idq; ideò, quia litis cõtestatione quasi contrahitur, & novatio fit: ut sup. dict. Non licet auté à contractu semel perfecto altero invito resilire per pœnitentiam. *l. 5. C. de oblig. & act.* R. T. Decid. est, Quia cum actor suum consecutus est per solutionem nihil amplius interest ipsius, nec habet de quo conqueratur. Non debet igitur Prætor aut judex malitiæ ejus indulgere, si nihilominus pergat actor reum lite vexare. *arg. l. 38. D. de rei vind.* Pertinet enim ad officium Prætoris lites diminuere. *l. 21. D. de reb. cred.* qua de re plura loca indicabo *inf. ad tit. de offic. judic.* Et iniquum est, judicio distringi eum, qui sine judice solvere paratus est, ut ait *l. 16. D. Iudic. solvi.* Cumq; solutione ejus quod debetur, omnis obligatio tollatur. *§. 1. sup. quib. mod. toll. obl.* sublata obligatione tanquã causa, non potest intelligi quomodo adhuc supersit actio. Præterea fine alicujus rei jam obtento, frustra adhuc laboramus de mediis ad eum finem perducentibus. *arg. l. 3. C de instit. & substit.* Sed necesse est, ut reus solvat totū quod debetur. Nam particularis solutio ipsum non liberat: secundum ea quæ *sup dixi ad tit. quib. mod. obl. toll.* Oportet etiã solvat expensas in litem factas, nisi fortè justam habuerit litigandi causam: de quo Joan. Faber & alij hîc videantur. Tempus judicij accipiendi Imp. hîc vocat tempus litis contestandæ. Rem judicatam vocat sententiam. Non rectè igitur vulgò hæc duo tanquã diversa distinguimus, ut cum dicimus, Sententiam transiisse in rem judicatã: quod etiam reprehendit Joan. Robertus *lib. 1. sent. c. 24.* JCti Rem judicatam & sententiam pro eodé accipiunt: ut in regula Juris: Res judicata pro veritate habetur. *l. 207. D. de R. I. l. 25. D. de stat. hom. tot. tit. D. de re judic.* Postremò hîc observandum est proverbium vulgare; Omnia judicia sunt absolutoria. Cujus dicti non hæc est mens, quasi in omnibus judiciis reus absolvatur per sententiam judicis: Sæpè enim contrà fit ut condemnetur: Sed hæc est senten-

sententia: Eò spectare judicia, & hoc illis agi ut controversiæ civium dirimantur, & ut alter ab altero liberetur ac dimittatur: quod fit, si reus actori solvat ac præstet id quod debet: sive id faciat ultrò suaque sponte, sive à judice coactus executione sententiæ, quæ executio fit etiam in invitum, captis scilicet pignoribus, vel mulctæ dictione, vel denique manu militari & carcere: sicut etiam judicium ipsum dicitur reddi in invitum. *l.83.§.1.D.de verb.obl.*

AD TITULUM XIII. DE EXCEPTIONIBUS.

Dictum est hucusque de Actionibus, in quibus proponendis officium Actoris versatur. Quia verò Actionibus opponi solent Exceptiones, in quibus suæ defensionis gratia opponendis officium Rei cernitur: de his deinceps dicendum est. Etsi autem Exceptio quoque nonnunquam Actionis verbo continetur, ut in edicto de dolo.

Et cum dicimus, Reum in Exceptionibus fungi partibus actoris: & agere videri eum, qui exceptione utitur; ideoque probare debere id quod excipitur: *l.1.D.h.t.l.9.19.& 25.§.sed hæc ita.in fi.D.de probat.* Tamen propriè loquendo hæc duo longè differunt, nec actionis verbo exceptio continetur. *l.8.§.1.D.de verb.sig.* Nam actiones sunt arma & quasi tela actorum, intentata Reis tanquam in digladiatione quadam & duello. His à parte Reorum objiciuntur velut clypei & scuta, & ut eleganter Cicero in Topicis vocat, arietes, ad actiones quibus pulsantur excludendas, eludendas, depellendas, impugnandas, infirmandas & elidendas. His enim verbis passim in hac re utuntur & JCti & Impp. imò & Cicero aliique auctores, cum de Exceptionibus loquuntur. Unde rectè hîc initio ait Imp. Exceptiones comparatas esse defendendorum eorum gratia cum quibus agitur, id est reorum. Sunt igitur Exceptiones nihil aliud quàm defensiones objectæ actionibus ad earum vim enervandam, elidendam ac submovendam. Sic passim defensio appellatur exceptio, *ut in l.5. D.h.t.l.9. & l.11. C.eod.l.12.D.de doli ma.& met.excep.c.20.de R.I.lib.6.l.43. D.de R.I.*

Quamvis autem Exceptionis nomen interdum generale sit, ut etiam Replicationem, Triplicationem, Duplicationem, &c. comprehendat, ut videre est *in l.22.§.1.D h.t.* Propriè tamen tributum est allegationibus Reorum, & quidem primis: ab iisque separantur Replicationes & cæteræ allegationes, de quibus infra *tit. prox.*

Formulæ porrò & notæ sive γνωρίσματα exceptionum sunt hæ particulæ: SI, SI NON, NISI, EXTRAQUAM, PRÆTERQUAM, &c. Ut, Si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat. *inf. init. tit. prox.* Si bonis cesserit. *§.ult eod. tit.* Si inter me & te non convenit &c. *l.4.§. item quæritur. D. de doli mali.excep. vide B. Brisson. de formulis.* Et quia à Prætore judicem dante & formulam præscribente, secundum quam & Rei litigarent, & Judex pronunciaret, Exceptiones statim subjiciebantur actionibus ut rectè Cujac. admonet

monet in *Paratit. C. h.t.* Et Hotom. *in partit. juris*: Hinc factum est, ut exceptiones à Græcis dictæ sint παραγραφαί. Et à Latinis præscriptiones, *ut in l.* 11. *D. h.t. l.* 8. *& l. pen. & l. ult. C. eod. l.* 2. *C. de precib. Imp. offerendis. tot. tit. D. de diversf. temp. præscript.* Hæc enim duo idem valent; quamvis vulgò sæpè dicamus, exceptionem præscriptionis, quasi diversa sint. Sic Tertullianus librum suum inscripsit de præscriptionibus adversus hæreticos, id est, de defensionibus & exceptionibus, ut annotat idem Cujac. *in prin. libelli de divers. temp. præscript.* Quæ cum ita sint, rectè Paulus exceptionem ait esse conditionem, quæ modò eximit reum damnatione, modò minuit damnationem. *l.* 22. *D. h.t.* Eximitur Reus planè per sententiam absolutoriam, quæ ejus exceptionem sequitur: Minuitur ipsius damnatio partim in exceptionibus dilatoriis, quæ non perimunt actionem sed ad tempus tantùm differunt: In eo tamen levior est Rei condemnatio, quod tempus longius ipsi conceditur, intra quod se re colligat: Partim in Exceptionibus in quantum facere potest: de quibus dictum supra *in fi. tit. de Action.* Ulpian. exceptionem definit exclusionem quandam, quæ soleat opponi cujusque rei actioni, ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. *l.* 2. *in pr. D. h.t.*

Quod attinet ad originem Exceptionum (nam quis earum sit finis & usus, jam intelligitur, eum scilicet positum esse in defensione Reorum) indicat hîc Imp. Eas nasci ex conflictu & contentione Juris & æquitatis. Nam ut apud Aristotelem explicatur *lib.* 5. *Ethicorum*, ἐπιείκεια id est, æquum bonum, opponitur Juri: Qui conflictus cùm in aliis juris articulis passim cernitur, tùm in actionibus quoque. Sæpè enim fit, ut actio prima fronte justa esse videatur, si strictum jus ejusque rationes ac regulas inspiciamus: Sed propter circumstantias & attributiones quasdam adversus hunc reum & hoc casu illam dari sit iniquum. Ideoque Prætor, qui solet studiosè sequi naturalem æquitatem, reo exceptionem accommodat non abhorrentem à naturali æquitate, per quam desinat esse debitor. *l.* 66. *D. de R.I.*

Etsi enim quædam exceptiones sint etiam ex jure civili, ut ex Legibus, ex SC. ex constitutionibus *§. quarum. inf. h.t.* tamen illæ sunt pauciores, & pleræq; omnes sunt Prætoriæ: *ut Cic. quoque lib.* 2. *de juvent.* Prætoriis (inquit) exceptionibus multæ excluduntur actiones. Id quibus modis contingat, declaratur hîc VII. exemplis: quæ ordine à nobis exponenda & consideranda sunt. Prima est exceptio quod metus causa: quæ datur ei, qui metu coactus stipulanti aliquid promisit. Secunda est exceptio doli, competens ei, qui dolo inductus est ad aliquid stipulanti promittendum. De his duabus exceptionibus conjunctim agitur *in tit. D. de do. ma. & met. exc.* Qui metu coactus promisit, stricto jure obligatur ad dandum vel faciendum: quia etiam coacta voluntas est voluntas, ut vulgò dicitur *ex l.* 1. *§. si metu. D. quod met. causa.* Et disputat Aristotel. *Ethic lib.* 3. Sic qui dolo & calliditate inductus & illectus promisit, tenetur ipso jure: quia dolus non vitiat ipso jure contractus stricti juris. *l.* 5. *C. de inut. stip. l.* 36. *D. de verb. oblig.* Ac ne quidem contractus bonæ fidei, nisi dolus causam & initium contracti dederit. *l.* 7. *D. de dol. mal.* Quia scilicet qui se alterius calliditate circum-

scribi & circumveniri passus est, videtur suam ipsius simplicitatem accusare debere, cum vigilantibus jura succurrant, non autem negligentibus: quibus illud proverbiale occinit potest: Cur ate cautius mercari. *l.34.D.quæ in fraud.cred. l.16.D.ex quib.caus.maj.l.4.D.quod vi aut clam.l.pen.D.de jur.& fac.ignor. l.21.D. de pecul.l.ult.C.depos.l.8.D.de compens.l.2.C.de furt.* Quia verò utrumque est iniquum, Prætor quod metus causa gestum est, nullo tempore ratum habet: *d.l. 21.§.1.D.quod met.caus.* Contractus enim libera voluntate & consensu fieri debent: Et vim ac metum comprobare contra bonos mores est. *l.116 D.de R.I.* Deinde ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit, proposuit Prætor exceptionem de dolo. *l.1.§.1.D de doli mali exc p.* Longè enim æquum est, ex eo, quod perficè gestum est, actorem nihil consequi. *l.4 §.Marcellus. D.d.t.*

Etsi autem actio quod metus causa, & actio de dolo fit temporalis: (nam actio quod metus causa in quadruplum datur tantùm intra annum; post annum vero in simplum, & non nisi causa cognita. *l.14.§.1.D.quod met.caus.* Actio verò de dolo datur intra biennium continuum. *l.ult.C do do. ma*) Tamen exceptiones hæ perpetuò competunt. *l 6. C. h.t. l.5.§. ult.D.de dol.mal.except.* ubi & R. Diff. redditur: Quia in actoris quidem manu & potestate est, quando suo jure utatur, & actionem proponat: *arg tit.C. ut nemo invitus ag. cog.* Reus verò non habet in potestate quando conveniatur, sed cogitur expectare actoris quasi ictum sibi intentatum, priusquam eum elidat ac repellat per exceptionem: cogere eum ad agendum non potest: ut est *in d.tit. C ut nemo invit ag. cog.* Meritò igitur plus temporis indulgemus reo quàm actori. Et hinc vulgò jactatum est illud: Quæ annua sive temporaria sunt ad agendú, ea sunt perpetua ad excipiendum. *gl.in d.l.6. C. h. t.* Ut autem nonnunquam pro actione doli datur actio in factum: *l.11.§.1.D.de dolo ma.* Ita pro exceptione doli etiam interdum datur exceptio in factum: ut adversus parentes aut patronos. *l.4.§ adversus. D.de doli excep.* Nam ut actio de dolo est famosa. ideoque non datur nisi omni alia deficiente. *l.1.§ 1.& §.3.D.de dolo ma.l.2.C.eod.* nec unquam datur contra eos, quibus honorem & reverentiam debemus: *d.l.11.* Ita & exceptio doli est subsidiaria, & opinionem ejus cui objicitur apud bonos mores suggillat. *d. l. 4. §. adversus.* proindeque ab ea abstinendum est contra patrem vel patron. Et ita quidem Exceptio in factum dicitur ea, quæ in locum Exceptionis doli succedit. Est autem hæc appellatio etiam generalis ad omnes eas exceptiones, quæ proprium ac certum nomen non habent: perinde ut actiones in factum generaliter dicuntur eæ, quæ oriuntur ex contractibus innominatis: ut supra dictum *ad tit. de locat. & conduct.*

Tertia exceptio oritur ex justo errore: cujus erroris exempla sunt tùm alibi, tùm in *l.7.D.de doli excep.* Ex qua lege observandum, sæpè actionem cum exceptione concurrere: sive contingere ut unus & idem habeat & actionem & exceptionem: quò pertinet Regula Juris: Cui damus actionem, ei & exceptionem competere multò magis quis dixerit. *l.156.§.1.D.de R.I.* Ratio, cur ex justo errore detur exceptio est, quia nihil tàm contrarium consensui est quam error,

quàm

quàm vis, quàm metus. *l.116.D.de R.I.* Putat Wesenbec. hanc exceptionem hîc dici in factum, quia scilicet error cum sit fæcundus & multiformis, non pariat aliquam certi nominis exceptionem. Accurs. verò ait, Exceptionem doli dari ex eo, quod per errorem gestum est. *arg.l.2.§.quocirca.D.de do.excep.* Exceptionem verò in factum intelligendam hîc esse eam, quæ est subsidiaria exceptionis doli: ut paulò antè dixi.

Ad §. Idem juris est.

Quarta est exceptio, Non numeratæ pecuniæ, quæ datur illi, qui futuro creditori suo stipulanti promisit, se C. aureos, v.g. quos ab ipso mutuos accepisse ait, soluturum: cum tamen numeratio subsecuta non sit. Ex hac stipulatione tenetur quidem promissor stricto jure, & potest à stipulatore cōveniri hac actione: Ajo te mihi C. dare oportere. Sed tamen quia hîc mutuum nullum subest: (quamvis enim stipulatio possit vel præcedere numerationem vel subsequi: tamen mutuum non contrahitur verbis, sed re, ut dictum supra *init. tit. quib.mod.re contrah. obl.l.3.§.ult.l.4. & l.6.D.de SC.Maced.* & nemo ultra id quod accepit, re obligari potest, cum mutuum non contrahatur, nisi quatenus pecunia proficiscitur. *l.11.§.1.D.de reb cred.l.9.C.de non num.pecun.*) Idcircò reus exceptione hac sese tueri potest contra actorem sine causa ex stipulatione agentem. Esset enim per iniquum, ipsum cogi ad reddendum id, quod nunquam accepisset. Atque secundum hæc intelligendus est Paulus *in l.30 D.de reb. cred.* cum ait: Eum qui spopondit creditori futuro, à quo pecuniam creditam accepturus sit, in potestate sua habere, ne accipiendo se ei obstringat, obstringat inquam efficaciter. Nam obligatio verborum, qua quis etiam ante numerationem mutui sibi factam tenetur, quia excludi potest exceptione non numeratæ pecuniæ, non est efficax, & proinde est ac si eam non haberes. Nihil enim interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *l. 112. D. de Reg.Iur.* Et qui exceptione aliqua peremptoria se tueri potest, dicendus est non esse obligatus. *l.20.§.pen D.de lib.caus.* Ac proinde si per errorem solverit, condictione indebiti repetere potest. *l.26.§.3.indebitū a.& l.40.in pr.D.de cond.indeb.* Præter hanc autem non num. pec. exceptionem, dari etiam exceptionem doli indicat Ulp. *in l.2.§.circa.vers.proinde D.de do.exc.* Quia scilicet dolo & contra bonam fidem facit, qui ex stipulatione sine causa agit, & exigit quod non credidit, metere vult quod non seminavit. Sicut enim bona fides non patitur, ut idē bis exigatur. *l. 57. D. de R.I.* Ita non minus est contrarium bonæ fidei, repetere quod non dederis. Ex his apparet, exceptionem hanc non modò objici posse agenti ex chirographo inani, quod quis spe numerationis non secutæ emisit, seu dedit; sed etiam agenti ex stipulatione quæ in literas relata non fuerit. De priore casu satis dictum est supra *ad tit. de liter.obl.* quæ huic etiam loco sufficere possunt. Ibi enim audivistis, eam Exceptionem cum antea duraret ad quinquennium, Justiniani constitutione, quæ est *l.14.C.de non num.pec.* coarctatam fuisse ad biennium, ut post id tempus eam opponens, non amplius audiatur, sed solvere cogatur non aliter, quàm si re vera mutuum accepisset.

Ad §. Praeterea debitor.

Quinta est exceptio pacti conventi. Ea datur debitori, qui cum creditore suo pactus est de non petenda pecunia, quam ei ex civili aliqua obligatione verè & efficaciter debebat: v.g. ex mutuo, ex empto, ex locato, &c. Hîc obligatio illa per pactum de non petendo non est omninò & ipso jure sublata, sed adhuc ex ea agi potest: quia obligatio est juris, definiturq; vinculum juris, &c. *in pr. tit. sup. de obligat.* At in pacto factum versatur. *l. 27. §. pactus. 2. D. de pact.* Jam verò ea quæ sunt juris & civilia non possunt tolli ipso jure per ea quæ sunt facti & naturalia: hæc enim infirmiora ac dilutiora sunt: sed unumquodque debet eo modo dissolvi quo colligatum est. *l. 35. D. de R. I. l. 80. D. de solut.* Quia tamen iniquum est, Actorem non stare pactis conventis, & contra datam fidem à reo petere: ne reus ex hac actione condemnetur, defendet se exceptione pacti conventi, hoc modo: Si non mecum pactus es de non petendo. Ratio hujus exceptionis est æquitas naturalis, quæ pactis inest: quia scilicet nihil magis congruit fidei humanæ, quàm ea servare, quæ inter eos placuerunt: Fidem autem fallere grave est. *l. 1. D. de pact. l. 1. D. de const. pec. l. 20. C. de transactionibus.* Et, ut non minus graviter quàm eleganter *pro Q. Rosc. ait Cicero*: Perfidiosum ac nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam: & quæ fundamentum est justitiæ, dicta secundum Stoicorum Etymon, quia fiat quod dictum est, ut idem Cic. scribit *lib. 1. de offic.* In quam sententiam præclarè sanè etiam Simplicius disserit in fine Commentar. in Epicteti Enchiridion edit. Venetæ pag. 100. ubi pro ἐφίσταται, legend. ὑφίσταται. Et notandum quod ait nequidem τὰς ἐπὶ τοῖς τυχοῦσιν ὁμολογίας παραβαίνειν licere. Quantò igitur minus licebit violare de rebus gravissimis initas conventiones.

Absurdum atque impium videtur, si quis pacta & conventiones violet: cum hac ratione, quantum quidem in ipso est, funditus tollat atq; evertat duas res, quibus omnia continentur ac permanent, veritatem scilicet & Fidem. nec non Arrianus *in Dissertat. Epicteti lib. 2. cap. 4. Et Ioach. Hopperus lib. 12. de vera Iurisprud. tit. 6.* Justitia & veritas (inquit) anima est reip. cui nihil magis contrarium est quàm falsum & mendacium. Et Livius: Fidei & famæ damna majora sunt quàm quæ æstimari possint. Et hic est insignis effectus pactorum, quod exceptionem pariunt, licet actionem jure civili non producant. Tollunt inquam pacta obligationem non omninò sive ipso jure, sed ope exceptionis. Naturalis tamen obligatio per pactum etiam ipso jure tollitur: ut est *in l. 95. §. naturalis. D. de solut.* Cum enim ea solo æquitatis vinculo sustineatur, contrariæ conventionis æquitate facilè dissolvitur. Notandum est autem duobus modis fieri posse hoc pactum de non petendo: vel absolutè, ut scilicet nunquam petatur: vel adjecto tempore, ne intra illud petatur: v.g. intra biennium vel quinquennium: Inter quos modos plurimum interest. Nam ex priore nascitur exceptio perpetua & peremptoria; Ex posteriore tantùm dilatoria sive temporalis. Elapso enim tempore illo non prohibetur actor rem petere. *§. perpetuæ. & §. temporales. inf. h. t.* Præterea pactum tale vel in personam, vel in rem seu generaliter concipi potest.

In

In personam, ut Ne à Titio petatur: in rem, ut Ne petatur. *l. 7. §. pactorum. D. de pact.* Generale pactum prodest omnibus: personale ei tantùm, cujus persona in eo comprehensa est: qua de re infr. aliquid dicetur. *§. ult. tit. seq.*

Ad §. Aequè si debitor.

Sextum exemplum est in exceptione Jurisjurandi, quæ datur reo, qui juravit vel in actione in rem, suam esse rem, &c. vel in actione in personam, se nihil dare aut facere oportere. Nam in utroque actionum genere jusjurandum deferri potest alteri ex litigantibus, si aliæ probationes desint. *l. 3. §. 1. D. de jurejur.* Qua de re plura dixi *ad §. item si quis postulante supr. de action.* Vel enim actori jusjurandum defertur; idque aut à reo, aut ab judice: vel ipsi reo ab actore aut judice. Si actor delato jurejurando juraverit, sibi à reo deberi, vel rem suam esse, quam reus possidet: hinc actori competit actio, de qua *supr. d. §. item si quis de action.* Sin reus delato sibi juramento juraverit, nihil se debere, vel rem suam esse, & tamen de eadem re denuò conveniatur ab actore: datur ei ad hanc actionem elidendam exceptio jurisjurandi, de qua hîc agimus: hoc modo: Si non juravi, me tibi dare non oportere, vel, rem meam esse: Quæ exceptio dicitur perpetua *in l. 40. D. de jurejur.*

Per jusjurandum non tollitur obligatio & actio ipso jure, sed adhuc permanet, ut ex ea nihilominus agi possit: ideo, quia jusjurandum nihil est aliud quàm pactum & conventio quædam hujusmodi, qua intelligimus & interpretamur id actum esse inter creditorem & debitorem, sive inter actorem & reum, ut si reus jurarit, se dare non oportere, tum verò discedatur ab omni condictione, nihilque amplius ab eo petatur. *l. ult. D. de jurejur.* Jam autem, ut & supra dictum, pacto non tollitur ipso jure obligatio, nisi naturalis tantùm. *l. 95. §. naturalis. D. de Solut.* quæ etiam per jusjurandum tollitur. *d. l. ult. D. de jurejur.* Quod igitur jusjurandum dicitur cedere etiam loco solutionis *in l. 27. & l. 35. D. de jurejur.* id non est ita absolutè accipiendum, quasi idem prorsus valerent jusjurandum & solutio: Sed hæc secundum quid dicta sunt. Solutio enim ipso jure obligationem tollit, *ut supr. dictum lib. 3. tit. ult. in pr.* At jusjurandum non facit hoc ipso jure, verùm ope exceptionis. Ratio autem hujus exceptionis est, Quia grave & iniquum est, de cujusquam perjurio queri, sive perjurii aliquem insimulare: ideoque omnimodo custodiendum est jusjurandum, *ut hic & l. 26. l. 28. §. ult. D. de jurejur. l. 15. D. de Except.* Et ideo contra exceptionem jurisjurandi à reo oppositam non debet actori concedi replicatio doli. *d. l. 15.* Neque causa jurejurando decisa resuscitari potest prætextu perjurii. *l. 1. C. de reb. cred.* Cur ita? Quia nemo præsumitur pejerare, metu divini numinis: Imò hic quosdam homines ad jurandum perquam timidos facit, teste Vlpiano *l. 8. in pr. D. de cond. instit.* Quòd si quis sit contemptor religionis, & adeò propriæ atque æternæ suæ salutis immemor ac negligens, ut pejeret, is divinæ vindictæ relinquendus est: *arg. l. 2. C. de reb. cred.* quæ quidem in hoc scelere præ cæteris magis est præsentanea & conspicua. Quam ad rem vide gravissimam & sanctissimam Juvenalis *Satyram 13.* Rarò antecedentem scelestum deseruit pede pœna claudo,

Tttt 3 ut

ut ait Horat. Et alibi idem: Culpam pœna premit comes. Peccati pœna satelles, inquit Prudentius Apotheosi. Et alius poëta.

Ah miser & si quis primò perjuria celat:
Sera tamen tacitis pœna venit pedibus.

Est & hæc ratio, ex interpretatione JC. sumpta: Quia actor qui adhuc nihilominus petit debitum, etiam postquam reus illud abjuravit, videtur facere contra suam conventionem, quæ erat, ut reum ab omni obligatione & actione liberaret, si is jurasset. Et hoc est quod dicitur *in l. 2. D. de jurejur. & in l. 12. D. de do. ma.* Jusjurandum continere speciem transactionis. Et in *l. 40. D. de jurejur.* simile illud esse acceptilationi.

Quare sicut post transactionem & post acceptilationem non licet denuò agere, sed aut agens repellitur exceptione pacti (nam & transactio pactum quoddam est) aut actio & obligatio ipso jure sublata est: Ita & post jusjurandum à reo præstitum si denuò quis agat, exceptione hac submovetur, nihilque amplius hîc quærendum est, an debeatur necne, an res sit actoris, an Rei: etiamsi fortè & reus re vera debeat, & res non sit ipsius, sed actoris: ut hîc, in verb. Licet verum sit, &c. Quia jusjurandum est loco probationis, *arg. l. 5. §. dato. & l. 11. §. ult. D. de jurejur.* Tantum id quæritur, An juratum sit. Si reus hoc probaverit, se jurasse, vel (quod eandem vim habent) sibi jurare parato gratiam jurisjurandi esse factam ab adversario suo, absoluitur ab actione.

Idem est & si reus probet se jusjurandum sibi ab actore delatum, eidem retulisse, eumque jurare noluisse. *l. 35. §. ult. D. de jurejur.* Vel etiam actorem jurare de calumnia, noluisse dum reo jusjurandum deferebat. *l. 37. D. d. t.* Nam hic quoque remittenti est similis. Quæret hîc aliquis, An ergò, perjurij nulla erit jure humano pœna? Hac de re vide Jac. Menoch. *de arbitrar. Iudic. quæstio. casu 319. Iul. Clar. lib. 5. sent. § Perjurium nu. 11. Bernhard. Wurmser. observ. pract. lib. 1. tit. 47. obs. 26. Everh. Bronchorst. Centur. 1. Enantioph. assert. 71. & constit. Crimin. Carol. V. cap. 107.*

Ad §. Item si in judicio.

Septimum & ult. exemplum est in exceptione rei judicatæ: qua de proprius est tit. in D. Rectè autem hæc exceptio conjungitur cum superiore, Quia & jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet. *l. 1. in pr. D. Quar. rer. act. non detur.* sive instar judicij habet, ac pro judicio cedit. *l. 26. §. 1. l. 35. §. 1. D. de Iurejur.* Immò etiam majorem habet auctoritatem quàm res judicata. *l. 2. D. d. t.* Nam res judicata ex falsis instrumentis aut testimonijs non parit reo exceptionem rei judicatæ, sed causa in integrum restituenda est. *l. 33. D. de re judic. l. 11. D. h. t. Et tot. tit. C. Si ex falsis instrum. vel testimon. judicatum sit. c. 9. ext. de testibus.* Sed jusjurandum parit reo exceptionem etiamsi pejerarit. Neque enim de perjurio cujusquam quærendum est, nec causa prætextu perjurij retractanda, *ut supr. d.*

Deinde

Deinde ut ex jurejurando nunc actio oritur, nunc exceptio; actio quidem, si actor jurarit; Exceptio autem, si reus: Ita & ex re judicata. Nam actio judicati datur, si sententia secundum actorem data sit: Exceptio, si secundum reum. Datur inquam exceptio rei judicatæ reo, qui per sententiam judicis absolutus est ab actione, vel in rem vel in personam, si actor postea rursum agat de eadem re. Iterata namque actio rei judicatæ exceptione repellitur, ut ait *l. 4 C. Depositi*. Sic enim reus objiciet: Si ea res judicata non sit. *l. 24. D. h. t. l. 9. & l. 11 eod. tit.* Potest autem actor rursum inst.tuere actionem ipso jure, quia obligatio adhuc durat, præsertim si iniquè aliquis absolutus sit, cum re vera deberet, aut cum res, quam possidebat, actoris esset. Judicium enim & sententia non est modus tollendæ ipso jure obligationis: Quia sententia non est jus, neque propriè vim legis habet, ut docui *ad tit. 2. lib. 1.*

Ideoque ad excludendam actionem opus est hac exceptione, quæ dicitur vulgaris, *in l. 3. D. de popular. act.* & frequens *in l. 6 D. de except. rei judic.* Non enim debet bis de eadem re agi, ne judicia fiant elusoria atque irrita & litium modus multiplicetur. Nam in judicijs hoc agitur, ut lites civium inter ipsos minuantur: quas si liceret resuscitare, quid profuisset semel litigasse ac sententiam impetrasse? Rebus igitur judicatis standum est, ut ait *l. 1. C. de re judic.* Nec instaurari oportet finita propter rerum judicatarum auctoritatem. Alioqui enim nullus erit litium finis, si post absolutum dimissumque judicium lis altera consurgat ex litis prioris materia. *l. 2. & l pen C. de re judic. l. 3. C. de fruct. & lit. expens.* Et hinc fluxisse videtur proverbium: Actum ne agas. Unde & Phormio Terentianus Demiphoni illudens ait: At tu, qui sapiens es, magistratus adi: Judicium de eadem causa itera. ut reddant tibi, quandoquidem solus regnas, & soli licet hic de eadem causa bis judicium adipiscier. Ut autem pleraque alia Romani ab Atheniensibus mutuati sunt, ita hoc quoque ipsum: quod satis indicat Demosthenes in Leptinem.

Sed benè notandum quod dicimus, Exceptionem rei judicatæ tunc demum habere locum, si eadem quæstio in judicium revocetur, ut ait *l. 3. & l. 19. D de exc. rei judic.* Sive, si de eadem rei denuò agatur, & adversus eundem *l. 3. §. 7. 12. & duab. ll. seqq. l. 27. D. d. t.* Nam si de alia re agatur non obstabit hæc exceptio. *l. 17. 18. 22. & 25. D. d. t.* Ergo nec eum submovebit, qui semel inepta actione instituta cum succubuisset, postea aptiorem aliam dictarit. Prior enim sententia tantùm peremit instantiam & reum ab observatione judicij liberavit cum refusione expensarum; nō etiam aptam & negotio convenientem actionem consumere potuit. *Rob. Marant. part. C. de ord. jud. nu 47. & seq. l. 3. Cujac. ad c. 15. examinata. ext. de judicijs. per illum text.* Nō etiam habebit hæc exceptio locum, si contra alium agatur. Nam personarum mutatio aliam atque aliam rem facit, *ut ait l. 22. D. d. t.* Et res inter alios acta & judicata, alijs præjudicium nullum facit. *l. 1. D. d. t. tot. tit. C. Res inter alios actas*, &c. Sed tamen hæc exceptio quoad actorem videtur tacitè continere omnes personas, quæ rem in judicium deducere solent. *l. 4. l. 11. §. hoc jure. D. d. t. l. 2. C. eod. tit.*

Hinc

Hinc fit, ut quemadmodum exceptio jurisjurandi etiam alijs quibusdã prodest, qui tamen non jurarunt, sed quibus ex æquo proficit res quamvis secundum alterum solum judicata: ita etiam exceptio rei judicatæ alijs quibusdã prosit, & adversus alios locum habeat, ad quos scilicet ea res pertinet, & qui rem in judicium deduxisse videntur. Exemplum est *in l. 11 §. pen. & §. ult. & aliud in l. 28. D. de exc. rei judic.*

Ad §. Hæc exempli causa.

Expositis aliquam-multis exceptionum exemplis, ne omnium explicationem hîc expectemus, remittit nos Imp. ad Dig. libros, ut solet facere in re, quæ vel prolixior est, vel difficilior quàm pro captu tyronum, cui prima hæc institutio inservire & accommodata esse debet. Adjungit deinde duas divisiones exceptionum. Primùm ait alias oriri & substantiam capere ex legibus, aliave Juris civilis parte, ut SCtis, ut constitutionibus principum, &c. Alias ex prætoris Jurisdictione venire: Sive (ut idem brevius dicamus) quædam sunt exceptiones legitimæ sive civiles, quædam prætoriæ.

Eodem modo obligationes quoque dividuntur *in §. omnium supr. de oblig.* Et actiones, *in §. sed istæ supr. de actio.* Civilium exceptionum pauca reperiuntur exempla, ut exceptio SC. Macedoniani: ut exceptio SC. Vellejani, *de quib. supr. dixi ad tit. Quod cum eo qui in al. pot.* Item exceptio divisionis, quæ ex *Epistola. D. Hadriani* datur pluribus fidejussoribus *§. si plures supr. de fide juss.* Nobilis est etiam illa exceptio ex legib. 12. tabularum: Si telum manufugit: Item exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua supra, quæ est ex constitutionibus Principum.

Reliquæ exceptiones pene omnes sunt Prætoriæ, sive à Prætore ob æquitatem naturalem introductæ. Non autem ut actiones civiles ferè sunt perpetuæ, prætoriæ verò annales, ut dictum *supr. tit. prox.* Ita & exceptiones Prætoriæ temporales sunt; sed perpetuò competunt, sive sint civiles sive prætoriæ, Nam ut supr. quoque attigi, Quæ temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum: cujus rei ratio ibi exposita est *ex l. 5. §. ult. D. de doli exc.* Exceptio tamen non numeratæ pecuniæ tantùm competit intra biennium, *ut & supr. d.*

Ad §. Appellantur autem.

Altera exceptionum divisio, eaque in forensi usu celeberrima est, Quod earum quædam sint perpetuæ sive peremptoriæ; quædam temporales sive dilatoriæ: Quæ divisio ab effectu sumpta non solùm hîc extat, sed & multis alijs in locis: *ut in l. 2. C. de precib. Imp. offer.* Ubi dilatoria exceptio etiam moratoria dicitur. Definitiones & exempla utriusque generis afferuntur hîc, *& in d. l. 2. & d. l. 3. D. h. t.* Perpetua exceptio est, quæ semper locum habet, nec evitari potest quin semper obstet agenti, & rem sive causam sive litem perimat: Unde & nomen accepit, ut peremptoria vocetur: Quomodo etiam edictum peremptorium in jure dicitur, quod perimat disceptationem. *l. 70. D. de judicijs. l. 53. §. l. D.*

§. 1. *D. de re judic.* Vel ita: Perpetua exceptio est, quæ totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit, *ut ait l. 2. C. de prec. Imp. offer.* Exempla Exceptionum peremptoriarum sunt, Exceptio doli mali: Quod metus causa: pacti conventi (si videlicet convenerit, ne pecunia unquam petatur:) Item transactionis: Jurisjurandi: rei judicatæ, de quibus supr. egimus. Notandum autem, Quasdam harum appellari, Exceptiones litis finitæ, Quod scil. impediant litis ipsius ingressum, faciantque, ut agere volens repellatur à limine judicij. Tales sunt, Exceptio Transactionis, Jurisjurandi & Rei judicatæ. *Vid. c. 1. & 2. ext. de lit. contest. Duaren. ad Tit. D. de Transact. sub. cap. de effectu transact.*

Dilatoriarum exempla sunt pauciora: ut exceptio pacti conventi temporalis, si convenerit, ne intra certum tempus pecunia petatur, & tamen quis contra pactum suum ante tempus petat: Item Exceptio procuratoria, quæ nominatur *hic in §. ult. & in d. l. 2. §. ult. l. 3. D. h. t.* id est, ea exceptio, quæ objicitur illi, qui vel non potest esse procurator, quia scilicet sit miles, quia sit fæmina, vel quia agat sine mandato. Sic præscriptio fori, quæ nominatur *in l. ult. C. h. t.* Et quam vulgò vocant declinatoriam fori, vel incompetentiæ judicis. Item causa recusandi judicis, quæ multiplex esse potest. Hæc inquam omnia pertinent ad Exceptiones dilatorias. Sciendum est enim, non solum ex pacto tribui dilationem temporis, sed etiam ex natura rei ipsius, vel ratione loci: *de quo supr. d. ad §. loca. tit. de verb. obl.*

Porrò inter exceptiones Dilatorias & perpetuas hæ duæ potissimum sunt differentiæ: I. Quoad effectum, qui ex ipsis definitionibus supr. traditis intelligitur: quod scilicet Dilatoriæ non prorsus litem tollant neque perimant, aut exhauriant, sed tantùm differant ac morentur ad tempus, donec scilicet vel tẽpus illud, quod pacto expressum, aut natura rei aut ratione loci tacitè comprehensum est, elapsum fuerit, vel alius procurator idoneus ab actore constituatur, vel donec competens judex, & qui amplius recusari non possit, adeatur. Hoc enim facto evitari possunt, ut actionem non amplius excludant. Et hoc est quod dicitur *in l. 55. D. de verb. sig.* Is qui temporalem exceptionem timet similis est creditori conditionali. Quemadmodum enim is, cui sub conditione aliquid debetur, pendente conditione non rectè neque utiliter agit: Ita etiam creditor sive actor, cui dilatoria aliqua Exceptio obstat, tàm diu non potest efficaciter agere, quamdiu illud impedimentum durat: Eo sublato, jam cum effectu aget.

Altera differentia est, quod dilatoriæ tantùm in exordio litis sive ante litis contestationem opponi possunt: ac si tunc omissæ fuerint, postea non amplius admittuntur, ut quibus tacite renuntiatum esse videatur. *l. 19. C. de probat. l. pen. & l. ult. C. h. t.* Nisi vel de novo exortæ fuerint, vel postea demum in notitiã rei pervenerint, & reus hoc probare possit jurejurando. *c. 4. ext. h. t.* Ubi observandum, etiam à Judice præfigi solere terminum certum, intra quem exceptiones dilatoriæ opponantur. Sic exceptio falsi Procuratoris, Item excommunicationis opponi possunt etiam post litis cõtestationem. *l. 24. C. de procurat. c. 12. ext. h. t.* Peremptoriæ verò semper, etiam post litem contestatam ante sententiam

opponi possunt. *l.2.C. Sent. rescr. non posse.l.4.l 8. C. h. t.* Sed quæritur, an etiam ante litis contestationem? Et receptum est litium dirimendarum favore,& sumptuum minuendorum gratia, ut proponi possint peremptoriæ etiam ante litis contestationem, in vim scilicet dilatoriarum, dummodò in continenti probari possint. *c.1.& c.2.de lit.contestat.lib.6.c.12.& ibi Canonistæ ext.h.t.*

Ad vers. Ergo ij.

Actor, qui temporali aliqua exceptione submoveri potest, actionis suæ exercitium differre debet, usque ad competens & justum tempus. Quòd si ante tempus petat, plus petit tempre, ac subiacet illi pœnæ plus petitionis,ut cogatur inducias reo duplicare: & si altero tanto tempore elapso velit agere denuò, nonantè admittatur, quàm omnes expensas in litem priorem factas reo prius refuderit. Olim talis actor planè cadebat causa, neque litem semel peremptam unquam postea resuscitare poterat. Sed hoc jus quia nimis durum erat, correctum est à Zenone ita ut mòdò dixi: & supr. latius exposui *ad §. si quis agens.vers. Sed hæc quidem antea. supr. de action. Vide & Reform. Norimb.:it.6.l.5.*

Ad §. Præterea.

Ex numero dilatoriarum exceptionum est etiam exceptio quæ vocatur Procuratoria: ut supr.d. Exponitur itaque hìc, Quinam procuratores esse prohibeantur. Est enim edictum de Procuratorib. prohibitorium, ut dicitur *in l. 43.§.1.D.de procur.* Id est, cognitis personis prohibitis,cognoscemus eadem opera etiam eas, quibus permissa est procuratio. *arg.l.8.D.de accus. & l. 12 D.de judic.*

Prohibentur procuratores esse. I. Milites. II. Mulieres. III. Olim etiam infames vel ab infamibus dati. Milites quidem, Quia hi qui stipendia merent, non possunt res alienas agere sine offensione militaris disciplinæ, quæ postulat, ut miles relictis rebus defensioni patriæ totus incumbat, & arma magis sciat quàm leges sive actiones forenses, *ut supr.quoq; d. ad tit. de milit. testa.* Utilitas ergo publica obstat, cui pactio privatorum derogare non potest: Ideoq; ut maximè adversarius consentiat in militem, tamen prohibetur. Et quia hæc causa cessat in veteranis, hi procuratores fieri possunt. *l.8.§.veterani. D. de procur.* Ac ne quidem pro patre vel matre vel uxore, nec ex rescripto Principis per obreptionem fortè impetrato miles procurator intervenire potest. *ut hic, & l.7. C.de procur.* unde hæc ferè ad verbum sunt descripta. *Vid. & l. 5. C. de condict. ob caus. dat.* Ex qua apparet, neque ad negotia aliena(non tantum non ad lites) procuratorem militem constitui posse.

Excipitur Primùm causa status sive liberalis causa. Hanc enim miles pro personis necessarijs suscipere non prohibetur, ob favorem scilicet libertatis vel ingenuitatis,de qua hìc agitur.*l.5.§.1.D.de lib.causa.* Deinde in rem suam procurator miles esse potest. Tertiò potest suscipere vel prosequi communem causam totius numeri sui, id est, commilitonum suorum.*d. l. 8. §. veterani. D. de procur.*

Secundò

Secundo Mulieres prohibentur procurare: Quia alienam defensionem suscipere officium virile est & ultra sexum muliebrem: *ut ait l. 18. C. de procur.* Huc facit quod ait Imp *supr tit.de injur.* Defendi uxores à viris æquum est, non viros ab uxoribus. Matronalis enim pudor non patitur fœminas virorum conventibus interesse ne quidem suo nomine semper, multò minus alieno.*l.21. C.de procurat.l.1.§ secundo loco.D.de postulando.* Et generaliter morib. receptum est, ut fœminæ civilibus officijs non fungantur. *l. 12. §. pen. D. de judic. l.2.D.de R. I.* In rem tamen suam procurator potest esse etiam mulier. *l.4. C.de procur.* De fœmina & milite conjunctim agitur *in l.54.D.de procur.* Ubi & aliæ commemorantur personæ, quæ procuratores esse non possunt. Nam Imp. hîc tantùm exépli causa unam & alteram afferre voluit, quod satis arguit particula, Veluti.

Tertio, etiam infames olim prohibebantur esse procuratores: Idq; ideo, quia stare in judicio est dignitas quædam: Infamibus autem portæ dignitatum patere non debent, ut ait Pontifex *in c.ult.de R.I.in 6. ex l. 2. C de dignit. lib. 12.* Sed hoc jus primò in desuetudinem abijt: deinde etiam expressè à Justiniano sublatum ideò, ne prolongetur ipsius principalis negotij disceptatio, dum de persona procuratoris disceptatur. Procurator ergo potest esse etiam persona infamis: cum Advocatus non possit.*l.1. §. secundo loco. D. de postul. & Accurs.hîc.* Quia scilicet officium Advocati magis est laudabile, & majorem habet annexã dignitatem quàm Procuratoris. *l.advocatum & l. laudabile. C. de advoc.diversi judiciũ.* Aliud tamen est ex jure Canonico, quo infamis persona procurator esse non potest. *c.1. & 2. 3. q.7.* Quod jus tanquam honestius etiam mores nostri sequuntur in benè constitutis Judicijs, & maximè in Camera Imperiali: ubi nemo in numerum Procuratorum vel Advocatorum recipitur, qui non sit Doctor vel Licentiatus: ut testatur Andr. Gail.*lib.1. obs. 43.* Ab his autem dignitatum titulis & gradibus infames repelluntur, ut & Spurij. Protelandi verbo, quod hic est differre seu prolongare idem Imp. ita utitur etiam *in l.13 properandum §.1. in fin. & §.fin autem utraque C.de iudic. & Vlp.l.2.§.pen.idem l. 4. in pr. D. de dam. inf. & Symmach. aliquoties ut lib. 6. ep. 6.* Solatijs lenimendus est animus, quoties protelantur optata. *It lib.1.ep.1.& 84.lib.9.ep.40.* Aliter Terentius & Turpilius nimirum pro repellere abigere ejicere *ut Terent.Phorm.act.1.sc.ult.* Ne te iratus suis sævidicis dictis protelet.*Turpil.apud Nonium.* Propter peccatum pauxillum indignissime patria protelatum esse sævitia patris. Sed hæc ad Lexica pertinent.

AD TIT. XIV. DE REPLICATIONIBUS.

ETsi sub h. t. non tantùm de Replicationibus, sed etiam de duplicationibus, & triplicationibus, alijsque allegationibus explicatur (Barbari vocant Replicas, Duplicas, Triplicas, &c.) tamen inscriptio & denominatio fit ab eo, quod est primum & potissimum. Poterat quidẽ de Replicationibus & cæteris tractari sub tit. generali de Exceptionibus, ut fit in D. Quia & replicationes

 nihil

nihil aliud sunt quàm exceptiones quædam à parte actorum ad excludendas exceptiones reorum comparatæ. *l. 2. §. 1. D. de except.* Eodemque modo dicere possumus, Duplicationes nihil aliud esse, quàm novas exceptiones reorum, ad elidendas actorum replicationes:& Triplicationes esse exceptiones novas actorum ad submovendas duplicationes reorum : Et sic deinceps. Sed Imperatori visum est commodius ad primam institutionem atque informationem, si hæc sejungeret. Ut autem exceptiones introductæ sunt propter quandam æquitatem, ut supr. d. ne summum jus summa, quod dicitur, fieret injuria: Ita & Replicationes & Duplicationes & Triplicationes, & cęteræ allegationes ultrò citroque factæ eandem habent causam & originem: quod hîc in pr. t. declaratur: Unde & definitio Replicationis sumi potest ista, quod sit allegatio adjuvandi actoris gratia comparata, qua vis exceptionis, quæ à reo objecta prima facie justa videbatur, re vera tamen iniqua est, replicatur atque resolvitur, ne actori noceat.

Replicationibus igitur actores muniunt suam intentionem, si quam habent *ut ait l. 10. C. de except.* Exemplum tale sit : Titius cum deberet Sempronio C. pactus est cum creditore suo, ne eam pecuniam à se peteret. Postea denuò pactus est de eadem petenda. Sempronius cum Titio agit, & C. petit. Titius ad excludendam hanc actionem objicit ei exceptionem pacti conventi de non petendo. Hæc enim ipsi nota est ex priori pacto, secundum ea quæ supr. dicta sunt *ad §. Præterea debitor. tit. præced.* Et certè hæc exceptio actoris intentionem perimeret, nisi aliud novum pactum (de petendo scilicet) fuisset subsecutum: quod quia secutum est, & verò quia tàm juris quàm rei ipsius æquitas postulat, ut pacta novissima serventur & derogent prioribus. *l. 12. C. de pact.* prius pactum & exceptio inde nata per posterius & per replicationem inde competentem eliditur. *l. 27. §. pactus. D. de pact.* Nam si aliter observaremus, iniquè excluderetur actor, & contra fidem posterius à reo datam. Et hęc dicimus, quando actio per pactum de non petendo ipso jure non est sublata; sed ad eam elidendam exceptione opus est, ut plerumque fit. Tunc enim actio facilè reparatur per pactum posterius de petendo, quia scilicet civili vinculo, quod solum remanserat, jam restituitur & quasi iterum annectitur etiam vinculum naturale seu vinculum æquitatis, quod per prius pactum de non petendo fuerat ei ablatum.

Sed si actio sit ejusmodi, quæ per pactum de non petendo etiam ipso jure tollatur, qualis est actio injuriarum, actio furti, actio ex contractu qui nudo fit consensu, &c. hoc casu pactum posterius de petendo eam vim non habet, ut actionem semel ipso jure extinctam resuscitare possit. Inefficax est hoc pactum ad actionem parandam, ut docet Paulus *in d. l. 27. §. pactus.* Nam injuriarum actio non nascitur ex pacto, sed ex contumelia furti, ex contractione fraudulosa. Notanda est hîc differentia inter pactum & stipulationem. Nam stipulatio prior per posteriorem tollitur ipso jure : intellige, per acceptilationem: item per novationem. *de quibus supra. d. ad tit. ult. lib. 3.*

Sed

Sed pactum prius per posterius non ipso jure tollitur, verùm ope exceptionis sive replicationis. Differentiæ ratio est, quia in stipulationibus versatur jus; in pactis factum. *d.l.27.* Meritò igitur major vis esse debet stipulationis, utpote civilis, quàm pacti, quod est naturale.

Ad §. Rursus.

Ut actionem iniquam actoris excludit exceptio Rei; Exceptionem iniquam rei replicatio actoris: Ita replicationem iniquam duplicatio Rei: Et duplicationem iniquam triplicatio actoris: Et sic deinceps, si pluribus fortè allegationibus pro varietate negotiorum opus sit. Exemplum vide *in l.7.§.1.& §.2. D.de cur.furios.* Duplicationem, Triplicationem & Quadruplicationem facilè erit definire ex iis quæ paulò antè de Exceptionibus & Replicationibus exposita sunt. Nam duplicatio (inde dicta, quòd sit duplicata sive iterata rei defensio) est allegatio Rei secunda, ipsius adjuvandi causa comparata contra iniquam actoris replicationem, &c. Quamquam autem Imp. hîc dicat, etiam ultra triplicationem interdum etiam admitti alias plures allegationes: tamen sciamus, nimiam atque effusam licentiam ita in plerisque judiciis salubriter coarctari & refrenari, ut duobus aut tribus scriptis concludendum sit ad sententiam: *ut hic rectè annotat Wesenb.& alij.vid. Reform. Norimb.tit.6.l.2.*

Ad §. ult.

Cum quæritur, An exceptiones reo competentes prosint etiam aliis, ut fidejussoribus & cæteris, hæc tenenda est regula: Exceptiones rei cohærentes, & ratione rei sive causæ potius quàm personæ competentes, fidejussori quoque competunt, & accommodantur, invito licet ac repugnante debitore principali: Hæ verò quæ personæ cohærent, non transeunt ad alios: *ut hic. & l.7.l.19.D.de except.l.11.C.eod.l.ult.D.de pact.* Cujus regulæ utraque pars tàm hîc quàm *in d. l.7.* exemplis declaratur. v. g. Reus principalis ab actore judicio conventus & absolutus est, vel deferente adversario juravit, se nihil debere. Hinc exceptio rei judicatæ & jurisjurandi non tantum ipsi verùm etiam ejus fidejussorib. competit. Idem dicendum est, si reus dolo malo inductus vel metu coactus aliquid promiserit, & fidejussores dederit, vel si pactus sit de non petendo. Nam exceptio doli mali, metus, pacti conventi non solùm ipsi proderit, sed & ejus fidejussoribus. Omnes enim istæ, & quæ sunt similes, exceptiones cohærent rei, nō personæ: ideoque etiam ad fidejussores transeunt. Et de exceptione pacti est etiam *l.21.D.de pact.* At verò personales exceptiones, qualis est exceptio minoris ætatis, item exceptio in quantum quis facere possit, qua succurritur ei qui bonis cessit, item socio, marito, parenti, patrono, & aliis personis, *de quib.sup.dict. in fi.tit.de act.* hæ inquam non competunt fidejussoribus earum personarum; sed fidejussores damnantur in solidum: *ut hic. & d.l.7.* Ratio prioris membri in hac regula est, quia si hoc permitteremus, à fidejussore peti, eumq; condemnari posse diceremus: videretur ab ipso reo principali peti, isque condemnari: atque ita absurdum sequeretur, quod ei exceptio nihil esset profutura. Cur ita? quia

fidejussor condemnatus habet actionem mandati adversus reum principalem pro quo fidejussit, per quam ab eo petere potest, ut præstet se indemnem, & reddat id quod pro eo solvit: *ut dixi ad §. si quid autem. sup. de fidejussorib.* Nam videtur reus hoc ipsum mandasse suo fidejussori, ut suo nomine creditori solveret. *l. 47. D. de cond. indeb.* Cur autem invito etiam reo principali, tamen hæ exceptiones fidejussori competant (ut modò dixi *ex l. 19. D. de except. & probatur in l. 15. & l. 32. D. de fidejuss.*) ejus ratio est, quia interest fidejussoris potius non solvere, quàm solutum repetere. Possunt enim ea intervenire, quæ actionem mandati efficiant inanem, ut inopia rei, &c. *d. l. 15. D. de fideiuss. l. 6. D. de do. ma.* Et alioquin etiam minus est actionem habere ad rem, quàm rem ipsam. Non debet igitur jus fidejussori quæsitum extorqueri invito. *d. l. ult. D. de pact. l. 11. D. de R. I.* Ratio posterioris membri in regula est hæc, quia beneficia personalia non egrediuntur personam. *l. 196. D. de R. I.* Imp. hic specialem quoque rationem reddit, accommodatam scilicet ad propositum exemplum de eo qui bonis cessit: Quia (inquit) fidejussores ideò maximè accipimus, ut ab iis cõsequamur, quod à principali debitore, si is fortè bonis lapsus solvendo non sit, servare & consequi non potuerimus: de quo fine & usu fidejussorum dict. est sup. *tit. de fideiuss.* Idemque est & pignorum finis, securitas quippe creditoris, ut illi satis cautum sit de suo credito. Quæ de fidejussoribus hactenus dicta sunt, illis plerumq; eadẽ commoda & beneficia prodesse, quæ reis principalibus competunt, eadem etiam de alia qualibet accessione intelligenda sunt, *ut rectè hic Accurs. in verb. fideiuss. annotat.* Hinc est, quod ex jurejurando filiifam. etiam patri exceptio quæritur. *l. ult. D. de except.* qua de re pulcrè explicat Donell. *in Comment. ad tit. D. de jurejur.* Postremò hic de exceptionibus observanda est regula, quæ ex jure civili etiam à Pontifice compilata est, ut sexcentæ aliæ: Neminem prohiberi, quominus utatur pluribus defensionibus sive exceptionibus. *c. 20. nullus. & ibi Dyn. de R. I. lib. 6.*

AD TIT. XV. DE INTERDICTIS.

HUic tit. respondet *totus lib. 43. Dig. & 12. tituli priores lib. 8. Cod.* Ideo autem hic post tractatum de Actionibus & de Exceptionibus agitur de Interdictis, quia & olim Interdicta ad actiones pertinebant, utpote præparatoria actionum de proprietate, aut alio quo jure in rem, instituendarum, ut infra dicam. Et hodie pro Interdictis actiones extraordinariæ sive utiles exercentur: *ut Imp. hic in pr. & fi. tit. admonet*: & Tribonianus *in ipsa inscriptione tit. D. de Interdictis sive extraordinariis actionib.* quæ pro his competunt. Quid quod etiam olim actionis verbo latissimè accepto Interdicta continerentur? *l. 37. D. de obl. & act.* Differunt tamen interdicta ab actionib. cùm aliis in rebus multis, tũ in eo, quod actiones sint partim in rem, partim in personam; Interdicta verò omnia sunt in personam. II. Actionum quædam sunt civiles, quædam Prætoriæ: at Interdicta omnia sunt Prætoria. III. Actiones multæ sunt de proprietate aut jure rei: Interdicta omnia sunt de possessione, quæ est facti. IV. Interdicta tantũ

præpa-

præparant & ordinant causam proprietatis: Sed actiones causam finiunt ac terminant. V. Interdicta erant decreta quædam Prætorum de possessione vel quasi possessione, ne cui vis in ea fieret: Actiones verò erant formulæ, quibus apud Judicem pedaneū litigabatur. Et sæpè Interdicta præcedebant actiones, easque ordinabant ac præparabant. Neq; enim prius de proprietate rei agi potest, quam constiterit, uter ex litigatoribus possidere debeat, uter petere. Et hæc causa fuit D. Hotom. quare in Partitionibus suis de Interdictis prius explicaret quàm de Actionibus. Finge: Titius à Cajo per rei vindicationem petere instituit fundum vel ædes vel alias res, quas suas esse ait: Estq; inter illos etiam possessio harū rerum litigiosa. Nam uterq; se possidere contendit. Sciunt namq; quantū sit possessionis commodum, & qualemcunq; possessorem hoc ipso quod possessor est, plus juris habere, quàm illum qui non possidet. § *retinendæ. vers. commodum. inf. h.t. l. 2. D. Uti possidetis.* Nam si fortè actor in probatione deficiat, (ut est sæpè difficilis dominij probatio, & secūdum Paulum non jus alicui sed probatio deficit.) *l. 30. duo sunt Titij. D. de testam. tut.* non esse autem & non apparere paria sunt. *l. 77. D. de contrah. empt. Salvianus lib. 4. de Gubernat. Dei.* Reus etiamsi ipse non sit dominus rei, tamen absolvendus, & in possessione relinquendus est. Quæ cum ita sint, quisq; sibi mavult melius esse quàm alteri, & cum adversario de possessione digladiatur. Hìc igitur ne in libera & pacata civitate vis cuiquam fiat, & tumultus existat, unde cædes aut vulnera oriri solent: Prætor suam auctoritatem interponere debet, nec pati, ut ad arma & rixas prosiliant, quos potest jurisdictione sua componere: ut eleganter ait *l. 13. § sed si inter. D. de usufr. fac. l. ult. D. quod met. caus. l. 1. §. 2. D. quod legat. & l. 176. D. de R. I.* Ideo enim magistratus nobis præpositus est, qui nos nostraq; adversus vim injustam tueatur, nec quisquam sibi ipsi jus dicat in sua causa: ut habet tit. C. Unum igitur possidere Prætor jubebit, quem scilicet viderit sine vitio, id est, nec vi nec clam nec precario ab altero possidere, eiq; vim ab adversario fieri vetabit: Alter verò, si quid in ea re sibi juris vindicet, potest instituere adversus possessorem actionem, qua rem illam petat. Hæc enim actio (Rei vindicatio) datur contra possessorem ei, qui se dominum rei esse ait. *§. 1. sup. de action.*

Et hæc hactenus de Ratione ordinis, tùm de Interdictorum origine & usu, exempli gratia, præmunita sint. Nunc de Interdictis hæc V. capita breviter explicabimus, ordiné ferè textus secuti: I. De verbo & notatione nominis. Hujus enim prima semper in jure inspectio esse debet, *arg. l. 1. D. de reb. cred.* II. De definitione. III. De tribus Interdictorum divisionib. & singularum speciebus atq; exemplis: unde simul intelligetur, Cui, & adversus quem, & ad quid unumquodq; interdictum accommodetur. His divisionibus etiam alias quasdam ex Dig. addám. IV. Quia in omnibus Interdictis agitur de possessione, Imp. quædā de ea aspergit; nempe quomodo & per quos cùm acquiratur, tū retineatur, tum amittatur. V. De ordine & forma interdictorū, primùm vetere, deinde hodierna. Profuerit autem præter Interpretes ordinarios qui de Interdictis scripserunt adhibere etiam Robert. Marant. *part. 4. de ord. judic. dist. 7. ubi 22.* adfert possessoria recuperandæ, (sic enim vocant ista interdicta) et multò plura collegit Jas. Menoch. *in tract. de remed. poss.*

Inter-

Interdicti ἔτυμον alij aliud adferunt. Quidam enim vocari volunt Interdictum quasi interim dictum: ut Isidorus *lib 5.c.24.* Et Anianus Interpres Pauli *ad tit.6.lib.5.* Interdicta (inquit) dicuntur, quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est à judice momentum priori reddente possessori. Non enim in perpetuum, sed ad tempus valet Interdictum, donec scilicet lis principalis instituatur, & de jure sive proprietate judicetur. Alij quasi inter duos dictum: quam sententiam Imp. hic probat. *§.1.vers. sed tamen obtinuit. Cujac. autem in Paratit. D. ait*, hoc scitè potius quàm verè dici. Alij denique Interdictum deduxerunt ab interdicendo, id est, prohibendo seu denunciando. Nam ut annotat optimus Latinitatis æstimator Hotomannus, partic. INTER in compositionibus sæpè vim habet augendi: ut in his: Interficere, internecio, interimere, interturbare, interminari. Sic ergo & interdicere est severius, vehementius & imperiosius decernere, vetare seu prohibere. Ut apud Plautum Asinaria: Nequeóne ego te interdictis facere mansuetam meis. Et Suetonius Galba *cap 6* pari severitate interdixit commeatus peti. Hinc interdicti dicuntur, qui accessu alicujus urbis aut regionis prohibentur. *tit D. de interdict. & releg. at.* Hinc interdicti bonis dicuntur prodigi, quibus adminiftratio bonorum est prohibita & adempta. Interdum etiam reperitur simplex verbum pro composito, dicere pro Interdicere: *ut in l.81.D de verb.sign.* Etsi igitur tantum prohibitoriis propriè interdictorum appellatio convenit: tamen etiam exhibitoriis & restitutoriis tribuitur. *d §.1.vers. sed tamen obtinuit.* Et hæc de nomine: Quibus hoc quoque addi potest, Nomen unicuique speciei impositum esse vel à primis interdicti verbis: vel ab auctore, vel à re seu materia qua de agitur: ut deinceps in singulis apparebit.

Definitur Interdictum ab Imp. quod sit forma atque conceptio verborum, quibus Prætor jubet aut prohibet aliquid fieri, & maximè inter eos, qui de possessione vel quasi possessione contendunt. Cujac. paulò plenius, sed eodem tamen sensu definit *in Parat.D.& C.* Ait Imp. Forma atque conceptio verborum. Id apparet in illis Interdictorum verbis, quæ in D. referuntur: Et pulcrè ostendit Hotom. in Partit. Juris civilis: quem vide.

Jubet autem Prætor aliquid fieri tàm in exhibitoriis quàm in restitutoriis: ut, Rem illam, vel illum hominem illi exhibeas: rem illam illi restituas. Vetat aliquid fieri in prohibitoriis: ut, Vim fieri veto, &c. Sequitur, Inter eos qui de possessione &c. contendunt. Possessio propriè est rerum corporalium; Quasi possessio incorporalium, ut usufr. usus, servitutis aut alterius juris. Additur, maximè: quia sunt quædam interdicta, quæ nō de sola possessione agunt, sed etiam proprietatis causam continent ac finiunt: ut rectè hic Accurs. aliquot exemplis docet, probatque *Cujacius in parat.C.h.t. Vide l.2.§.pen.D.eod.* Sed plerisque interdictis tantum de possessione, non de jure rei contenditur. Nulla autem sunt interdicta, quæ solam proprietatis causam contineant. Sed quia hæc & similes definitiones juri veteri accommodatæ sunt; hodie verò jure Justiniani non amplius illis verborum formulis utimur, neque decreto Prætoris sed jure actionis de possessione contendimus: possumus interdictum ad hunc quendam modum

modum definire, quod sit actio in personam Prætoria de possessione rei corporalis, vel quasi possessione alicujus juris vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda. Dixi esse actionem: quia hodie postquam judicia facta sunt extraordinaria, pro Interdictis exercemus actiones: *ut hic in pr. & fi. tit.* Et supra in ratione ordinis admonui. Dixi esse act. in personam: quia omnia Interdicta licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa sunt personalia: ut ait *l.1. §. pen. D.h.t.* Reliqua hujus definitionis intelligentur ex illis, quæ infra dicam ad secundam Interdictorum divisionem.

Ad §. 1. Summa.

Prima & summa interdictorum divisio est, quòd quædam sunt prohibitoria: alia restitutoria: alia exhibitoria. *l.1. §.1. D. eod. l.6. §. sed etsi D. de cōfess.* Quædam tamen etiam mixta sunt, quæ & prohibitoria sunt & exhibitoria. *d.l.1. D. h.t.* Divisio hæc sumpta est ab eo, quod Prætor fieri jubet aut vetat: Et singulorum vis penè ex ipsis verbis apparet. Nam si quid fieri vetet Prætor, interdictum est prohibitorium: Et hujusmodi interdictis propriè convenire Interdicti nomen supra dixi. Exempla prohibitoriorū quatuor hîc afferuntur: I. Interdictum Uti possidetis: quo Prætor vetat vim fieri ei, qui sine vitio possidet ab adversario, id est, neque vi neque clam neque precario: de quo plura dicam *ad §. retinendæ. inf h.t.* II. est Interdictum de mortuo inferendo: *de quo extat tit.* 8. *lib.* 11. *Dig.* qui ita concipitur. Hoc interdicto Prætor vim fieri vetat ei, qui mortuum inferre vult in eum locum, aut qui sepulcrum ædificare vel reficere vult in eo loco, quo ei jus est invito adversario inferre, vel ædificare. *l.1. D. de mort. infer.* Interest enim religionis, & publicæ utilitatis ne corpora insepulta jaceant, & ut monumenta extruantur atque exornentur. *l.12. §. hoc edictum. l.14. §. sed interdum. l.28. & l.43. D. de relig. & sump. fun. d.l.1. §.6. D. de mort. infer.* Unde etiam in bello induciæ fieri solent ad humandos eos qui occubuerunt. Vide Onosandrum de re militari. III. est interdictum, Ne quid in loco sacro fiat: de quo est *tit.6. lib. 43. D.* Hoc interdicto Prætor vetat aliquid facere in loco sacro, vel quid in eum immittere, ex quo damnum vel incommodum aliquod ei irrogetur. Nam ornamenti causa aliquid fieri licet. Locus sacer primùm hîc complectitur ædem sacram, & alia loca sacra. *l.1. §.1. D. Ne quid in loco sacro:* à quibus differt sacrarium. *l.9. §.2. D. de divis. rerum. l.1. §.1. d.t.* Deinde muros & portas civitatum, aliaque loca sancta. *l.2. & 3. D. Ne quid in loc. sac.* Ratio hujus interdicti manifesta est, nimirum religionis & utilitatis publicæ studium. IV. est Interdictum de flumine publico & ripa ejus: quo pertinet *tit. D. de fluminibus,* ne quid in flumine publico ripâve ejus fiat quo pejus navigetur, *& 3. tit. seqq.* Sunt & alia Interdictorum prohibitoriorum exempla multa: ut utrubi, de migrando, &c. quæ ex D. petantur.

Restitutoria Interdicta sunt, quibus Prætor jubet aliquid restitui vel possessionem inquam vel opus aliquod, vel quid aliud. Exempla duo hîc afferuntur: I. Interdictum Quorum bonorum. II. Interdictum Unde vi: de quibus plura dicendi locus erit *ad §. sequens. & ad §. recuperandæ. inf. h.t.* Nam inter-

dicta restitutoria sunt partim adipiscendæ, partim recuperandæ possessionis. Sunt & alia hujus generis interdicta, ut Quod legatorum fortè omissum hîc ab Imp. ne juvenes oneraret, teste Joan. Fabro: Item Salvianum interdictum, de quo infra. Et alia de quibus vide in Dig. & apud Menoch. Quid autem verbo Restituendi contineatur, vide *in l 81. D. de verb. sign.* Exhibitoria interdicta sunt, quibus Prætor jubet aliquid exhibere, id est, in publicum producere, ac videndi tangendiq; facultatem præbere. Ita enim interpretatur Ulpian. *l. 2. §. ait Prætor. D. de lib. hom. exhib. & in l. 3. §. 8. quid sit. D. de tab. exhib.* Exempla sunt: I. De libero homine exhibendo: quod tuendæ libertatis causa propositum esse scribit *Ulp. l. 1. D. de lib. hom. exhib.* ne videlicet homines liberi à quoquam detineãtur: cum parum distent à servis, quibus ex aliquo loco recedendi facultas non datur. *d. l. 1. §. 1. & l. 2. D. d. t.* Datur hoc interdictum contra eum, qui dolo malo liberum hominem retinet: & datur etiam in absentem: qui si non defendatur, in bona ejus itur. *d. l. 1. l. 3. §. pen. D. d. t.* Quis dolo malo dicatur retinere vel non, exponitur *in d. l. 3. §. is tamen. & §§. seqq. l. ult. D. d. t.* Datur autem omnibus etiam mulieri & pupillo, si pro cognato, vel parente, vel affine soliciti hoc edictũ desiderent: Sed suspectæ personæ, in quibus metuenda est perfidia, id est collusio, vel prævaricatio, vel calumnia, removendæ sunt. *d. l. 3. §. 9. hoc edictũ. & §§. seqq.* Quòd si plures velint experiri, eligendus est is, ad quem maximè res pertinet, vel idoneior. *d. l. 3. § si tamen plures.* Quemadmodum & in popularibus actionibus fieri solet. *l. 2. D de pop. act. l. 16. D de accusat.* Interdum etiam sæpius hoc interdicto agitur: nimirum si is qui prius egit, collusionis insimuletur. *d. l. 3. §. si tamen.* Estq; hoc edictum perpetuum. *d. l. 3. §. ult.* Nam nullo tempore homo liber dolo malo retineri debet. *l. ult. §. nullo. D. d. t.* Postremo sciendum, In eum qui dolo malo liberum hominem supprimit, dari etiam accusationem Legis Fabiæ de plagiariis. *l 3. in pr. D. d. t. Paul. lib 5. sent. tit. 6. §. adversus. de qua dicetur ad §. Est & inter. inf. de publ. judic.*

Alterum est interdictum exhibitorium de liberto exhibendo: quod datur patrono adversus eum qui detinet libertum ejus, cui operas fortè indicere vult: *ut hic. & l. 2. §. 1. D. de interd.* Tertium est de liberis exhibendis item ducẽdis: quod datur parenti, qui in potestate sua esse ait illum, qui ab alio detinetur. Unde apparet hoc interdictum propositum esse patriæ potestatis conservandæ causa, sive sui juris tuendi causa: ut ait *l. 2. §. 1. D. h. t.* Est autem hoc interdictum duplex: I. De liberis exhibendis: II. De ducendis: Quorum prius est præparatorium posterioris. Nam ideo desideratur exhibitio, quo magis quis duci possit. *l. 3. §. 1. D. de lib. exhib.* Et posterius est prohibitorium. Nam Prætor vim fieri vetat, quo minus ducere liceat. *d. l. 3. in pr.* Interdum tamen etsi maximè probet pater, filium in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in filio retinendo potior est: puta si pater sit luxuriosus & prodigus; mater autem sit fœmina notæ auctoritatis. Hoc enim casu apud ipsam potius filius morabitur, sine diminutione tamen patriæ potestatis. *l. 1. §. si verò mater. & l. 3 §. pen. D. de lib. exhib.* Ratio in aperto est, ne liberi apud patrem corrumpantur. Deinde observandum in hoc interdicto, fœminam, prætextatum, & qui proximè accedit prætextati ætatem,

tem, id est, qui primùm jam ingressus est pubertatem, à Prætore collocari solere apud matremfam. aliquam, id est, notæ auctoritatis fœminam, donec res judicetur. *d.l.3.§.ult.* propter rationem eandem, ne in discrimen adducatur harum personarum pudicitia. Deniq; sciendum, Si impubes sit is, de quo exhibendo ducendoq; agitur, interdum differri cognitionem in tempus pubertatis, ut fieri solet in Edicto Carboniano (de quo sup. aliquid obiter admonui *ad tit. de bonorum poss.*) Interdum repræsentari, id est, statim expediri. *d.l.3.§.Iulianus.* His adde quartum Interdictum de uxore exhibenda & ducenda: quod datur marito adversus eum, qui uxorem ejus detinet, & contra eum, cujus in potestate est. *l.2.D.de lib.exhib.* Porro ad Interdicta exhibitoria pertinet etiam interdictum de tabulis exhibendis. *l.3.§.hoc.interdicto.D. de tab. exhib.* Quod etiam hodie in foro celeberrimum est. Datur autem omnibus, quibus aliquid in testamento adscriptum est, id est, Hæredibus, legatariis, fideicommissariis, & breviter quorumcunq; interest testamenti tenorem nosse. *l.3.solent.D.de tab.exhib.* Datur cōtra eum, qui tabulas testamenti aliáve ad testamenti causam pertinentia detinet ac penes se habet, aut cujus dolo malo factū est, quo minus penes ipsum essent. *l.7.& d.l.3.D.d.t.* Quod si omnino non exhibeat, condemnatio hujus judicij debet æstimari quanti interfuit. Hæc enim est pœna contumaciæ ejus qui non exhibet. *d.l.3 §.condemnatio.& §.etsi sub conditione.in fi.D.d.t.* Interdum tamen tabulæ non sunt proferendæ aut exhibendæ; sed apud idoneum virum aut in æde sacra interim deponendæ: ut docet *l.ult.D d.t.fac.l.4.§.ult. D.famil.ercisc.*

Postremò, quemadmodum detentio & suppressio liberi hominis etiam parit accusationem Legis Fabiæ de Plagiariis, sic etiam suppressio tabularum testamenti gignit accusationem legis Corneliæ testamentariæ sive de falsis: *d.l.3.§.si quis dolo malo.D.d.t* Sive nonnunquam cum Interdicto hoc de tabulis exhibendis concurrit judicium publicum Legis Corneliæ: nec ei per interdictum præjudicatur. Et hæc de prima Interdictorum divisione hactenus.

Ad§. Sequens divisio.

Altera divisio, eaq; maximi momenti à fine sumitur. Alia enim Interdicta comparata sunt possessionis adipiscendæ sive (ut vett. loquuntur) apiscendæ causa: alia retinendæ: alia recuperandæ. Eadem divisio extat *in l.2.§.hæc autem interdicta.D.h.t.* Ut autem totum jus consistit vel in acquirendo, vel in conservando ac retinendo, vel deniq; in amittendo & alienando: *l.ult.D.de ll.* Ita etiam in possessione vel agitur de ea adipiscenda, cum antea illam nondum nactus sis, vel de ea retinenda adversus vim & turbationem alterius, vel de ea, quam semel habueris & amiseris, recuperanda. Ad hoc igitur comparata sunt interdicta: quæ ob id Interpp. vocant Remedia adipiscendæ, retinendæ & recuperandæ possessionis: de quibus prolixè scripsit Jac. Menoch. Exempla Interdictorum possessionis adipiscendæ duo hîc referuntur: I. Quorum bonorum. II. Salvianum. In *d.l.2.* additur & tertium, De Itinere quo venditor usus est, ut eodem etiam emptor utatur. Priora duo breviter explicemus.

Interdictum Quorum bonorum (quod à primis verbis edicti nomen habet) est, quo Prætor jubet, ut bonorum possessori restituatur id, quod quisque ex iis bonis vel pro hærede vel pro possessore possidet, dolové malo fecit, quo minus possideret: *ut hic, & l.1.D. Quorum bon.* Hoc interdictum supra numerabatur inter Restitutoria. §.1.*vers.Restitutoria.h.t.* Datur ergo bonorũ possessori, ut hæreditatis petitio hæredi. Ut enim bonorum possessor cum hærede magnã habet affinitatem, adeò ut Prætor in omni causa bonorum possessorem habeat loco hæredis: *l.117.D.de R.I.* Ita & hoc Interdictum, quod bonorum possessori accommodatur, valdè simile est petitioni hæreditatis. Nam utraq; hæc sunt universalia judicia, & universaliter intenduntur. Secundò, utraq; contra possessorem dantur, qui vel pro hærede vel pro possessore possidet. Tertiò, utraq; ad eũdem effectum dantur, nimirum ut res possessa restituatur. Quartò, neutra datur adversus titulo possidentem. Potest autem aliquis esse, qui bonorũ possessionem jam quidem agnoverit & petierit, & tamen singularum rerum possessioné nondum sit nactus. Nam bonorum possessio est jus, ut & ipsa hæreditas, *ut sup.d. ad tit.de bon.poss.* At possessio de qua hîc in Interdictis agitur, *& in tit. D. de acq. possess. est facti.l.1.§.si vir.D.d.t.* Oritur enim ex apprehensione naturali, & sine ea non transit in hæredem. *l.23.in pr. D. de acquir. poss.* Si igitur alius possideat res hæreditarias, possessio ab eo avocanda est per hoc interdictum Quorum bonorum: quod (ut dictum est) non datur adversus titulo possidentem, sed tantùm contra eum, qui pro hærede vel pro possessore possidet: qui quales sint, hîc in textu explicatur. Vide etiam *l.11.cum.2.ll seqq.D.de hæred.pet.* Dices, pro hærede possidere esse titulo possidere: de quo est *in tit.D.pro hærede, & tit.C.de usucap. pro hærede.*

Resp. pro hærede possidere hîc est titulo commentitio & ficto, aut certè putativo possidere: Ideoq; hic tit. pro nullo habetur, & perinde est ac si titulo non possideret. *arg.l.6.D.qui satisd.cog.* Quid si quis semel nactus possessionem rei postea amiserit, an is quoq; hoc interdictum habebit? Respondet Imp. huic inutile esse istud interdictum, quia est adipiscendæ possessionis. Quasi dicat, ipsum nomen & genus Interdicti hoc ostendit. Adipisci enim possessionem est nunc primum nancisci eam, quam nunquam ante habueris. Huic ergo accommodabitur interdictum Unde vi, quod est recuperandæ possessionis. §. recuperandæ.*inf.h.t.* Quod autem putat Myns. hîc num.8. Interdictum Quorum bonorum etiam hæredi jure civili succedenti communicari, nescio an ei concedi debeat, cum huic sufficiat civile remedium, id est, petitio hæreditatis. Secundum est Interdictum Salvianum: quod à Salvio Juliano nomen habere videtur, qui Perpetui Edicti conditor fuit Imperatore Hadriano. Cujac. in paratit. D. Hoc interdictum datur domino, eidemque Locatori fundi sive prædij rustici contra conductorem ad adipiscendam possessionem rerum coloni, quas ille expressè domino fundi pro mercede seu pensionibus obligavit ut essent pignori. *ut hic. & tot.tit.D.de Salvi.interd.l.1.C.de precar.& Salvi.interd.* Unde satis apparet, restitutorium esse. Dico, rerum quas expressè obligavit colonus. Et hoc vult Imp. cum ait: quas pignori futuras pepigisset.

Nam

Nam ita jus est, ut inquilini quidem res in ædes conductas invectæ & illatæ etiam tacito pignoris jure pro mercedibus teneantur; Coloni verò non aliter quàm si expressè convenerit, ut pignori essent. Nam hîc sufficiunt fructus in fundo conducto nati, qui pro mercedibus tacitè obligati sunt domino eidemque locatori. *l.4.6.& 7.D.In quib. caus. pig. l.5.C de Locato. Et dixi supr.ad tit.de locat. & conduct.Et ad §.Item Servana.supr.de Action.Vide Reformat.Norimberg.tit. 21. l. 1.*

Obligatio autem ista rerum coloni vel est generalis omnium bonorum quæ quis habet, quæque habiturus est: vel specialis. Et in generali obligatione non continentur ea, quæ verisimile est specialiter aliquem obligaturum non fuisse. *l.6.D.de pign.l.1.C.Quæ res pig.oblig.poss.* Ideoque de his interdictum hoc non redditur. *Paul.lib.5.Sent.tit.6.*

Sed quid juris est in rebus alterius debitoris expressè pro debito obligatis, quod non ex locatione sed ex alia causa contractum est? Resp. Pro his non quidem directum, sed utile tamen est interdictum Salvianum, quod Cujac. Quasi Salvianum vocat in Parat. *C.& ad Paul. d. lib. 5.tit.6. in fi.* Ut enim actio Serviana est de pignore, quod obligavit colonus; Quasi Serviana de pignore cujusvis alterius debitoris: Ita etiam hîc res habet in Interdicto Salviano & Quasi Salviano. In eo tantùm differunt hoc interdictum & actio Serviana & quasi Serviana, quod Serviana & quasi Serviana sit in rem, utpote de jure pignoris, & detur contra quemvis possessorem, etiam ipsum colonum; Interdictum verò sit in personam, & sit de possessione, ut omnia interdicta, & tantùm contra ipsum colonum aliumve debitorem, adversus alium vero possessorem datur utile in factum conceptum. *Cujac. d.t. C. de precar. & Salvi. interd.* Dixi etiam aliquid hac de re *ad §. Item Serviana supr. de action.* His exemplis addendum est tertium, Interdictum scilicet Quod legatorum, quod datur hæredi adversus Legatarios, ut restituant quod legatorum nomine non ex voluntate hæredis occuparunt. *l.1.§.2.D. Quod legat.*

Ad §. Retinendæ.

Retinendæ possessionis interdicta duo hîc afferuntur: Uti possidetis, & Utrubi: de quibus singulis singuli extant tituli in D.& C.

Sunt tamen & alia hujus generis interdicta, quæ ex D. petantur. Inter hæc duo illud est commune, quod utrumque subservit judicio petitorio, atq; ad hoc ordinandum pertinet. Sæpè enim fit, ut inter aliquos simul & de proprietate sive dominio & de possessione alicujus rei, sive mobilis sive immobilis, cõtentio oriatur. Sæpè inquam concurrit judicium possessorium cum petitorio sive cum rei vindicatione. Hîc igitur ut judicium de proprietate sive dominio ordinem suum accipiat, & sciri possit, uter actor uter reus esse, & proinde uter probare debeat, oportet ante omnia constituere, uter possidere debeat, cum uterque sibi possessionem asserit. Nam actio in rem non datur ei qui possidet, cum huic sufficiat quòd possideat: *ut d.supr.ad §. æquè in fin. De actio.l.1.§.interdictum.D.Uti possidetis.* Sed datur contra possessorem ei, qui non possidet rem,

 quam

quam suam esse ait, *ut & supr. d. ad §. 1. d. t. de action.* Nisi igitur prius hoc certum atque exploratum sit, utrius ex litigatoribus debeat interim esse possessio, non potest judicium de proprietate procedere, *ut hic in vers. namque nisi* & eleganter Ulp. *in l. 35. exitus. D. de acq. poss.* Non enim potest aliquis secum ipse litigare, non magis quàm sibi ipsi debere. Hoc enim repugnat & naturali & civili rationi, quæ postulat, ut diversæ sint actoris & rei personæ. Hoc autem consequimur his interdictis, ut actor à Reo discernatur. Nam si de re immobili controversia sit, datur Interdictum Uti possidetis: Si de re mobili, datur interdictũ Utrubi. His interdictis conservatur ei possessio, qui tempore Interdicti seu litis contestatæ possidet: proindeque is in judicio petitorio reus erit; alter verò actoris sive petitoris partes sustinebit. Interdictũ autem ideò de possessione redditur, quia de hac magnæ contentiones magnæque sæpè digladiationes existere solent inter litigatores, utpote non ignaros quantum sit possessionis commodum. Nã qui possidet, præterquam quòd fructus ex ea re percipit, item quod eam usucapit, (cæteris parib. id est, si & bonæ fidei sit possessor & justum habeat titulum, & quæ sunt alia ad usucapionem complendam necessaria de quib. aliàs dictũ est) etiam hac in re potiori est conditione, quòd actore non probante absolvitur, & in possessione sua relinquitur, etiam si res non sit ipsius, sed alterius fortè: ut hîc, in vers. commodum autem. Unde ait regula Juris: In pari causa possessorem potiorem habendum esse *l. 128. D. de R. I.* Sed & aliæ sunt possessionis commoditates, quas *Vid. apud Mynf. hic num. 12.* Hoc igitur tantum & tàm multiplex commodum unusquisque affectat, & ad se dirivare studet: Unde ad rixas & arma, ad vulnera ac cædes metuendum est ne perveniatur. Ideoque Prætor sua auctoritate litigatores componit & coërcet reddito interdicto, quo vim fieri vetat ei, qui possidet: *ut & supr. init. tit. dixi ex l. 13. §. sed si inter. D. de usufr. & ex l. non singulis. D de R. I.* Et quidem si de re soli agatur, ut de fundo, de ædibus, &c. interdictum Uti possidetis locum habet: Sin de re mobili, ut de servo, animali, libro, &c. locus est Interdicto Utrubi: *ut & supr. d.* Hæc enim sola inter ista duo hodie manet differentia, quoad materiam scilicet: Illa verò vetus eorum differentia sublata est, qua in Interdicto Uti possidetis superior ac potior erat is, qui possidebat tẽpore interdicti redditi; In Utrubi, is qui majore parte anni retrorsum numerati nec vi nec clam nec precario ab adversario possederat, *ut hic in vers. Quorum vis. Et vers. hodie tamen.* Quæ vetus differentia extat apud Paulum *lib. 5. Sent. tit. 6. in pr.* Unde conijcere licet, Tribonianum interpolâsse verba Ulp. *in l. un. §. 1. D. Utrubi.* Nam Ulpiani tempore adhuc vigebat illa differentia, non minus quàm Pauli. Fuerunt enim σύγχρονοι hi duo & æquales. Sed quæ erat, inquies, pars major anni? Resp. Majore anni parte possidere intelligebatur is etiam, qui duob. tantùm mensibus possederat, si modò adversarius ejus aut paucioribus diebus aut nullis possedisset. *l. 156. D. de verb. sig.*

Observandum est autem quod dixi, eum in utroque interdicto potiorem esse, qui tempore litis contestatæ possidet ab adversario nec vi clam nec precario: hoc est, necesse est ut quis justè possideat. Si cujus possessio quoad adversarium sit injusta (Injustæ autem possessionis hæc tria sunt genera, si quis vi, si clam,

clam, si præcario possideat:) iniquum esset, ipsum potiorem esse adversario suo, & ex dolo ac delicto suo causam & conditionem suam facere meliorem : quod est contra regulas juris & naturalem æquitatem, cum nemo ex dolo suo lucrari debeat. Etiamsi autem quo ad alios extraneos injustè possideat, id est, vi, vel clam vel precario, modò ne ab adversario, hoc ipsi non nocebit, quo minus in possessione relinquendus sit, *ut hic, vers. etiamsi alium vi & l.1.§. ult. cum l.2. D. Uti possidetis.* Nam si adversarius Gajus dicat, Tu precario hanc rem habes à Titio: expulisti inde Titium per vim, clam arripuisti vel invasisti possessionem Titij: potest ei respondere possessor, Quid ad te Gaj vel quid tua interest? dum ne abs te vi, clam, precario possideam. Inter Titium & me bene conveniet, etiamsi tu te non immiscueris.

Hoc quoque notandum est, cur Imp. *in fi. §. dicat.* Litis contestatæ tempore, cum prius dixerit, Interdicti tempore. Nimirum ideo, quia cum hodie pro Interdictis dentur actiones, ut supr. dictum: in his (ut in quibuslibet alijs) necessaria est litis contestatio. Olim autem interdicta à Prætore extra judicium interponebantur. Illud quoque hoc loco quæritur, An eodem libello simul proponi sive cumulari possint hæc duo judicia, Possessorium & Petitorium? Et hodie receptum est posse, ex jure Pontificio. *c.6.ext.de caus.poss.& proprie.*

Ad §. Possidere autem.

Hic §. agit de Personis, per quas possessio retineatur. Et quomodo retineatur. Cohæret autem cum superioribus hac ratione: Quia dictum est, in Interdicto Uti possidetis & Utrubi, eum esse potiorem, qui nec vi nec clam nec precario possideat rem tempore litis contestatæ: scitu ergo necessarium est, per quos possideamus, an per nosmetipsos tantùm, an verò etiam per alios: Quamquam etiam cęteroqui tractatus de possessione ad totam hanc materiam Interdictorum apprimè sit utilis, cum in omnibus Interdictis de possessione vel quasi possessione agatur: sicut etiam ad titulum de usucapion. plurimum momenti habet ejus cognitio. Nam absque possessione non contingit usucapio. *l.25.D.de usucap. c.3.de R.I.lib.6.* Verùm cum prolixior explicatio de Possessione ab hoc loco aliena videatur (ut si quis hîc dicere instituat de verbo possèssionis, alijsque ei similibus: Item de Definitione: de Divisionibus & generibus possessionum: de Possessionis natura, &c. quæ omnia ex Pand. petenda sunt, *tit. de acq vel amit. poss.*) intra cancellos nostros nos continebimus. Cum igitur quæritur de Possessione, prima visio seu inspectio est de ea acquirenda sive adipiscenda: tum de ea retinenda & conservanda: tum denique de amittenda. Nam & jus omne in his tribus consistit. *l. ult. D. de ll.*

Adquiritur ergo possesio corpore & animo. Corpore, i.e. corporali & naturali comprehensione rei: Animo, i.e. voluntate & affectione, sive mente & cogitatione ea, q̃ rẽ posside re nobis velimus. Hæc inquã duo in possesione adquirenda cõcurrere oportet. Alterũ solũ non sufficit: Ut si dormienti vel furioso in man⁹ aliquid ponas, corp⁹ quidẽ adest; sed abest animus. Itaq; his possesio nõ adquiritur. *l.1.§.furios.D.de adq.poss.* Rursus anim⁹ quoq; sol⁹ nõ sufficit: Et quin animo

animo solo & nudo possessionem adipisci nemo possit, nulla dubitatio est, *ut hic Imp. ait in fi. §. & Paul. lib. 5. Sent. tit. 2. l. 3. §. 1. & l. 8. D. de adq. poss.* Animo adquirere possessionem possumus tantùm nostro; Corpore verò etiam alieno, ut liberorum & servorum nostrorum, & procuratorum: ut latius dictum est *supr. tit. Per quas pers. nob. acq.* Ubi diximus, hoc esse peculiare in possessione rerum peculiarium, quòd ea etiam ignorantibus adquiratur. *l. 1. §. item adquirimus. D. de adq. poss.* Et hoc quidem modo possessio per hos adquiritur. Retinetur quoq; possessio per eosdem, sed non eodem modo. Nam & per nos ipsos possidere possumus, & per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, etiamsi eos in potestate non habeamus, sed liberi homines sint: ut coloni, inquilini, depositarij, commodatarij: *ut hic, & l. 3. §. cæterum. D. de adq. poss.*

Non possident hi, sed in possessione sunt alieno nomine. Hoc enim observandum est, In deposito, commodato, conductione non transferri possessionem, sed manere penes deponentem, penes commodantem, penes locantem: ut de singulis horum contractuum *supr lib. 3. exposui.*

Sic possessio à nobis retineri potest, si procurator, hospes vel amicus nostro nomine in possessione sit. *l. 9. D. de adq. poss. l. 1. §. quod servus. D. de vi & vi arm.* Deinde multò facilius retinetur possessio quàm adquiritur. (Hîc minor est virtus, quàm quærere, parta tueri.) Nam solo animo retinetur, cum tamen solo animo non adquiratur, *ut supr. dixi, & est in l. 30. §. quod per colonum. D. de adq. poss.* Sic fugitivi servi possessionem animo semper retinet dominus. *l. 1. §. per servum. D. de adq. poss. Paul. lib. 2. Sent. tit. 31. & lib. 4. tit. 14.* Sic saltus hibernos & æstivos animo possidemus, quamvis certo anni tempore eos relinquamus *l. 3. §. saltus. D. de adq. poss.* Sic alia quælibet prædia, ex quibus non ea mente recedimus, ut omisisse possessionem velimus. *l. 1. §. quod vulgo. D. Unde vi.* Imò licet alius in fundo sit, adhuc tamen animo retinetur possessio. *d. l. 3. §. sed & si. D. de adq. poss.* Et hoc receptum est propter libertatem civium Rom. cui contrarium esset valdè, si quis cogeretur quasi glebæ adscriptus semper hærere & insistere rei suæ, & si absque eo amitteret illius possessionem. Parum enim distat à servo, cui non licet alicunde recedere. *l. 2. D. de lib. hom. exhib.*

Amittitur denique possessio, cum utrumque in contrarium est actum, ut ait Paulus *in l. 8. D. de adq. poss. & l. 153. D. de R. I.* Iisdem namque modis res desinunt esse nostræ, quib. adquiruntur. *l. 1. D. pro derel.* Imò & solo animo amitti potest possessio, ut si quis in fundo sit, & tamen eum amplius possidere nolit. *l. 3. §. in amittenda. D. de adq. poss.* Et hæc breviter de possessione adquirenda, retinẽda & amittenda: quamvis illa quæstio propriè sit hujus loci, quæ est de retinenda possessione, per quos scilicet illa retineatur, *ut supr. ad initium hujus §. admonui.* Etiamsi ergo ipse quis non sit in possessione tempore interdicti Uti possidetis vel Utrubi, sed alius ejus nomine: adhuc tamen in Interdicto potior erit.

Ad §. Recuperandæ.

Exemplum tertiæ speciei est Interdictum Unde vi. *de quo extat tit. in. D. de vi & vi arm. & tit. C. Unde vi.* Vulgò hodie in foro ex jure Pontificio vocant

Actionem

Actionem Spolij *vide can. 3. redintegrandæ. 3. q. 1. & tit. ext. de restit. spoliat.* Eaque actione nihil est frequentius. Videamus igitur, Cui, & Adversus quem, & Ad quid hoc interdictum detur, & Quamdiu. Deinde de alijs affinibus (ut vocant) remedijs, quibus vi dejecto succurritur.

I. Datur hoc interdictum ei, qui vi dejectus est ex possessione fundi vel ædium, *ut hîc, & l. 1. D. de vi & vi arm.* Necesse igitur est, ut quis antea possederit, si non civiliter, saltem naturaliter. Privatio enim præsupponit habitum, ut ajunt *ex l. decem. D. de verb. obl.* Dixi, saltem naturaliter, nam & fructuario & usuario hoc interdictum datur, qui tamen non possident, sed sunt quasi in possessione. *l. 1. §. deijcitur, & §. interdictum, & §. eum qui & §. non alij. l. 3. §. item si. D. d. t.* Ei verò qui nondum possedit, sed cum possessionem apprehendere vellet, non est admissus, sed per vim prohibitus ingressu, non competit hoc interdictum.

Præstigias igitur & nebulas judicum animis offudit Cicero, cum pro Cæcinna disputat, etiam illum videri vi dejectum, qui ad possessionem occupādam non admittitur: Qua de re admonet Hotom. Commentar. ibid. Deinde necesse est ut quis de possessione rei soli dejectus sit. Nam hoc interdictum nō pertinet ad res mobiles, sed tantùm ad immobiles, ut ædes, fundum, aream, insulam, villam, &c. Non utetur ergo hoc interdicto is, qui de navi vel curru vi dejectus est. *l. 1. §. hoc interdictum, & §§. seqq. §. si quis de nave. D. de vi & vi arm.* De rebus mobilibus ablatis dabitur vel furti actio, vel vi bonorum raptorum, vel ad exhibendum. *d. l. 1. §. illud. Paulus lib. 5. Sent. tit. 6.* Porrò etiam illi datur hoc interdictum, qui ab alio dejectus est, cum ipse vi dejecisset alterum *l. 1. §. qui à me. D. d. t.* Imò quod plus est, etiamsi ab ipso qui vi dejecit, possideat quis vi, clam aut precario: ut hîc, in verb. Licet is ab eo. Dummodo enim possideat quis, nihil refert qualis sit possessio, justa an injusta. Qua in re differt Interdictum Unde vi ab Uti possidetis. Nā in illo potior est is, qui, quoad adversarium justè possidet, ut supr: dictum. Sed huic loco obstat Paul. *d. tit. 6. lib. 5. §. qui vi aut clam.* Respondet ibi Cujac. Imperatorem nostrum aut non intellexisse aut neglexisse discrimen inter interdictum de vi quotidiana, & interdictum de vi armata. Quod quale sit vide apud Hotom. *Commentar. in orat. pro Cæcinna. & in Partit. juris civil. Duar. lib. 1. Disput. c. 20. Iac. Menoch. de Remed. recuper. poss.* Non solùm autem ipsi dejecto, sed etiam hæredi ejus cęterisque successoribus hoc interdictum datur. *l. 1. §. hoc interdictum. D. de vi & vi arm.*

II. Datur contra eum, qui alterum per vim dejecit de possessione, aut cujus familia, id est, servi (etiam unus) dejecerunt. *l. 1. pr. & §. ait Prætor. & §. familiæ, cum seqq. D. d. t.* Vis hîc accipienda est atrox *d. l. 1. §. hoc interdictum.* Neq; solùm expulsiva, verùm etiam Turbativa, ut Interpp. loquuntur: quamvis de eo sit controversia. *l. 11. D. d. t.* Faciunt enim Dd. varia genera violentiæ, quæ videri possunt apud Accurs. Bart. & alios *in l. extat. 13. D. Quod met. causa.* Et de vi turbativa volunt competere interdictum Uti possidetis & non Unde vi.

Primùm igitur, ut dixi, ipse tenetur, qui vi dejecit. Vi deijcit is, qui

coactis armatisque hominibus alterum deturbat & expellit, quamvis illi armis usi non sint. Sufficit enim terror armorum. *l. 3. §. armis & §§. seqq. D. d. t.* Praeterea is quoque, qui mandavit vel jussit, ut aliquis deijceretur, etiamsi ipse suis manibus non dejecerit: Item qui ratam habuerit dejectionem ab alio factam. *l. 1. §. dejecisse & §§. seqq. D. d. t.* Deinde tenetur etiam dominus familiae suae nomine, etiamsi non jusserit, ut servi sui, vel quos servorum loco habet, deijcerent: quo tamen casu liberari potest noxae deditione. *d. l. 1. §. quod igitur. D. de vi & vi arm.* secundùm ea quae supr. tradita sunt *tit. de nox. act.* Tenetur quoque pater nomine filijfam. utili interdicto, ejus scilicet causa, quod ad ipsum pervenit. *l. 1. §. si filiusfam. & l 16. D. Unde vi.* Sed liberis contra parentes & libertis contra patronos hoc interdictum non datur. Etsi enim hoc interdictum non est famosum, ut nec ullum aliud. *l. 13. D. d. t.* tamen habet in se atrocitatem facinoris, id est, mêtionem violentiae: ideoq; pro eo datur actio in factum. *l. 1. § interdictum hoc. D. d. t.* Datur etiam adversus haeredes, itemque bonorum possessorem, & caeteros successores ejus qui dejecit, actio in factum, quatenus ad eos pervenit, vel dolo factum est, quo minus pervenerit. *l. 1. §. ult. & 2. ll. seqq. l. 9. D. d. t.* ne videlicet in lucro versentur haeredes ex facinorib. defunctorum. *d. l. 3. pr. Qua de re supr. quoque dixi ad tit. de perp. & temp. act.* Sic & in municipes interdictum redditur ei, qui vi dejectus est ab aliquo nomine municipum. *l. 4. D. d. t.* Hoc quoq; observandum est, dari istud interdictum etiam adversus eum, qui postea quàm dejecit, possessionem iterum amisit, quamvis sine dolo malo. In interdicto enim non spectatur possessio sive an aliquis possideat, ut in actione in rem, sed persona deijcientis, ejusque culpa & delictum. *l. 7. l. 15. D. de vi & vi arm.* Quid si utrinque vis facta & uterque vicissim dejectus sit ab altero? Resp. Sciendum est, licere cuique armis repellere eum, qui cum armis venit, & illatam vim propulsare dummodo confestim sive in continenti & in congressu hoc fiat, non ex intervallo; & dum fiat cum moderatione inculpatae tutelae defensionis non offensionis causa. *l. 1. §. vim vi & § eum igitur. l. 17. D. de vi & vi ar. l. 1. C. eod. tit.* Nam hoc omnes leges omniaque jura permittunt, cum defensio sui adversus vim injustam sit juris naturalis. *l. 3. D. de just. & ju. l. 4. 5. & 45. D. Ad l. Aquil. l. 12. §. 1. D. Quod met. caus. l. 2. & 2. ll seqq. C ad l. Corn. de sicar. l. 1. & l. 2. C. Quando liceat unicuique sine judice se vindicare, &c. Cic. pro Milone.* Quando autem in continenti vel ex intervallo aliquid factum censeri debeat, in judicis est arbitrio. *Mynf. hic nũ. 11.*

Sequitur. III. Caput, Ad quid Interdictum Unde vi detur. Datur ad restituendam possessionem: *ut hic, in verb. cogitur ei restituere possessionem.* Et primò quidem possessionem rei immobilis. Nam de rebus immobilib. propriè est hoc interdictum, ut & supr. admonui. Deinde etiam restituendae sunt res, quas dejectus ibi habuit, etiamsi mobiles fuerint: nec tantùm propriae, sed etiã alienae, in quibus aliquid juris habuit. *l. 1. pr. & §. illud & §. si fundus & §. seq. cum §. ex die l. 14. ac l. pen. D. de vi & vi arm.* Quamvis de rebus mobilib. liberum sit etiam ad exhibendum agere. *d. l. 1. §. si fundus.* Restitutio autem haec statim fieri debet: unde etiam momentariae possessionis hoc interdictum vocatur *in l. 8. C. Unde vi.* & momenti reformatio apud *Symmachum lib. 10. Epistolarum.* Ac fieri debet

debet restitutio in omnem causam & utilitatem quam quis habuit priusquàm dejiceretur, vel habiturus erat si non esset dejectus. Restituendi verbum hæc omnia complectitur. *l.22.l.35. & l.75.D.verb sig.* Quidquid damni aliquis senserit ob hoc quod dejectus est, quidquid lucri non adquisivit, id ipsi præstandum est: & tanti hîc facienda est condemnatio, quanti interest possidere: quod sæpè superat ipsam rei æstimationem.

Præterea omnes fructus rei, non modò quos prædo inde percepit, sed quos possessor vetus percipere potuisset, restituendi sunt. Neque fructus tantùm, sed omnes cęteras utilitàtes prædo restituet. Habentur hæc omnia in his locis. *l.1.§.qui vi dejectus & §.non solum l.6.l.9.§.1.l.15.D.de vi & vi arm.l.4. C. Vnde vi.* Et quidem ex eo tempore hîc habenda est ratio fructuum, quo quis dejectus est: qua in re differt hoc interdictum ab alijs, in quibus fructus computantur demum à die redditi interdicti. *d.l.1.§.ex die.D.de vi & vi arm. l. 4.D.de interdict.* Quid si res, antequam ejus restitutio per interdictum petatur, perierit? ut si villæ aut ædes aut aliæ res incendio consumptæ; si servi aut animalia mortalitate subtracta sint; aut si possessio earum rerum sine dolo malo amissa sit? His casibus liberabitur ne is qui vim fecit? Et dicendum videbatur; ipsum liberari: cum regula juris sit, Speciei vel corporis certi debitorem liberari ejus interitum ante moram & sine sua culpa contingente. *l.23.D.de verb. obl.*

Hîc autem proponimus, rem perijsse priusquam ejus restitutio peteretur, id est, ante moram. Mora enim nulla ibi fieri intelligitur, ubi nulla est petitio, ut habet alia Regula Juris. Contrarium tamen respondetur, nimirum adhuc teneri dejectorem vel invasorem ad restituendum pretium sive æstimationem rei. *l.1.§.huic consequens. & § seq.l.15.l.pen.D.Vnde vi.* R. Decid. *in dd.ll.* hæc indicatur, quia raptor & invasor qui dejecit, statim ab initio est in mora: ex ipso inquam tempore delicti plus quàm frustrator est constitutus, & per ipsum stetisse videtur quominus restitueret. Cum igitur culpa ejus præcesserit, non immeritò casus ei imputatur. Sic etiam fur semper dicitur esse in mora. *l.ult.D.de cond.furt.l.ult.C.de cond.ob turp.caus.*

Est autem regula juris alia, quod quando culpa vel mora interitum præcessit, debitor interitu rei non liberetur. Sed quamdiu hoc interdictum datur quod est. IV. caput? Resp. Intra annum utilem *l.1.in pr. & §.annus. D. d. t. de vi & vi arm.& l.2.C.Vnde vi.* Post annum verò tantum quatenus ad aliquem pervenit: quemadmodum etiam contra hæredes de eodem datur actio in factum perpetua, quia est rei persecutoria. *d.l.1.pr.l.3.§.1.& §.hoc interdictum.D.Vnde vi.* Hodie vero ex jure Pontificio interdictum istud perpetuum est Existimarunt enim Canones, non rectè hoc tantum crimen violentiæ anno uno includi, *ut ait Mynſ.ad §.summa. num.16.supr.h.t.* Sequitur ut dicamus de affinib. remedijs: ubi illud quoq; prius admonuerimus: eum qui rei vindicationem contra alium instituit, si forte sibi diffidat, ne in probatione dominij succumbat, posse pendente judicio mutare voluntatem, & transire ad Interdictum Unde vi. *l. 18.§. ult. D. Vnde vi.c.5 pastoral.ext.de caus poss. & propr.* Quia scil. longe cōmodius est ipsum possidere, & adversariū ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. *l.24.D.de rei vind.*

 Reme-

Remedia porrò affinia, quib. succurritur vi dejecto de possessione, hæc fere sunt præcipua: I. Pœna *legis.13.extat.D.Quod met.caus.* II. Pœna *l.7.si quis in tantam.C.Vnde vi.* III. Pœna legis Juliæ de vi publica & privata. Quorum omnium explicatio peti potest partim ex ijs *quæ supr. dixi ad tit. de vi bon. rapt.* partim ex ijs quæ infr. dicentur *ad tit. de publ. judic.* quo titulo etiam hoc explicabitur, quid armorum & telorum appellatione veniat. Est & aliud remedium *ex can. Redintegranda.3.q.1. de quo vid. And.Gail.lib.2.obs.75. & seq.* Videri etiam potest Ferrariens. practicus in forma libelli In causa spoliatæ possessionis: sicuti de Interdicto uti possidetis idem explicat in form. libelli pro turbata possessione. Item *vid. Menoch. de remedijs recupr. possess.*

Ad §. *Pen.*

Hæc divisio etiam habetur in *l.2.pr.D.h.t.* Sic & supr. ad §.*quædam tit. de Action.* dictum est, Judicia quædam esse duplicia, in quibus par omnium causa videtur, sive in quibus uterque sustinet partes actoris & rei, *ex l.2.§.1.D.Commun.divid.* Ita hic quoque interdicta alia sunt simplicia, alia duplicia. Simplicia sunt, in quibus distinctæ sunt personæ Actoris & Rei. Duplicia, in quibus par utriusque causa & conditio est, & uterque tàm actoris quàm, Rei partes sustinet, nec ita discerni potest, uter præcipuè sit actor vel reus dicendus. Puto tamen actoris loco haberi eum, qui prior ad Interdictum provocavit, *arg.d.l.2. & l.13.D.de judic.* Exempla Interdictorum simplicium sunt primò omnia restitutoria & omnia exhibitoria, *ut hic, & d.l.2.D.t.h.* In his namque aperte discerni potest actor à reo. Actor est, qui sibi restitui vel exhiberi rem petit vel desiderat: Reus verò is, unde petitur.

Deinde quædam etiam prohibitoria sunt simplicia, cętera nimirum omnia, excepto Interdicto Uti possidetis, & interdicto. Utrubi. Hæc enim sola sunt duplicia, *ut hic, & d.l.2.D.h.t.l.37.§.1.D.de obl. & act.* Cęterum hîc admonendum est, non rectè Interdicta duplicia dici etiam eo respectu, quod quædam sint tam Recuperandæ quàm Adipiscendæ possessionis. Nititur enim hæc sententia falsa lectione *d.l.2.in fi.D.h.t.* ut demonstravit *Cujac.lib.4.obs.c.11.* Et hæc quidem hactenus de Interdictorum divisionib. tribus, quæ sunt in libro nostro. Sunt & aliæ divisiones: ut ratione materiæ sive rerum de quib. dantur Interdicta.

Alia enim sunt de reb. divinis; alia de reb. humanis competunt, cujus divisionis utrumque membrum suis quibusdam subdivisionibus explicatur & declaratur, *in l.1.& l.2.§.1.D.h.t.* Aliter quoq; dividuntur ratione formæ, ut scilicet quædã in præsens, quædam in præteritum referantur. *l.1.§.Interdictorum.D.h.t.* Præterea ratione temporis, quædam Interdicta sunt perpetua, quædam annua. *l.4 D.h.t.* sicut actiones sunt vel perpetuæ vel temporales, *ut sup.d.* Item ut actionum quædam sunt directæ, contra ipsum qui contraxit vel deliquit; aliæ sunt noxales: Ita & interdicta quædam sunt noxalia, quæ dantur contra nos ob delictum eorum, quos in potestate habemus. *l.ult.D.h.t.* Deniq; est & hæc divisio, quod quædam Interdicta tantùm de possessione competunt; quædam etiam proprietatis causam continent. *d.l.2.§.quædam.D.h.t.*

Divisio

Interdicta sunt vel

- De rebus divinis ut de
  - Locis sacris: Ne quid in loco sacro fiat: quod interdum est prohibitorium.
  - Locis religiosis: De mortuo inferendo: De sepulcro ædificando, quod est prohibitum.
  - Locis sanctis, ut muris & portis civitatum. *l.2. & ult. D.* Ne quid in loc. sac.
- De reb. humanis
  - Quæ sunt alicujus: Eaq; vel
    - Publica: de quibus dantur interdicta ad publicam utilitatem pertinentia: ut
      - 1. de locis publicis
        - Ne quid in loco pub. vel itin. fiat.
        - De loco pub. fruẽdo.
      - 2. de viis publicis
        - De via pub. & si quid in ea factum esse dicatur.
        - De via pub. & itinere publico reficiendo.
      - 3. De fluminibus publicis
        - Ne quid in flumine pub. fiat, &c.
        - Ut in flum. pub. navigare liceat.
        - De ripa munienda.
    - Singulorum: quæ pertinent vel ad
      - Universitatem: ut Quorum bonorum
      - res singulas, uti possidetis, utrubi. de itinere actuque privato.
      - Horum alia competunt
        - Sui juris tuendi causa
          - De liberis exhibendis
          - De liberto exhibendo.
        - officij tuendi causa: ut De libero homine exhibendo
        - Rei familiaris tuendæ causa. Ea sunt possessionis
          - adipiscendæ
            - Quod bonorum
            - Quod legatorum
            - Salvianũ.
          - retinendæ
            - Uti possidetis
            - Utrubi
          - recuperandæ: Vnde vi, &c.
  - Quæ sunt nullius: ut de libero homine exhibendo: quod est exhibitorium.

Omnia autem interdicta sunt simplicia: exceptis duobus Uti possidetis, & Utrubi. Deinde nullum interdictũ famosum est. *l.13.neq;.D.de vi & de vi arm.*

Ad §. ult. De ordine.

Interdictorum vetus ordo sublatus est per Constitutionem Arcadij *in l. ult.C.h.t.* Ubi veteres ambages ruptæ dicuntur, id est, sollennitates & formulæ abolitæ: sicut actionum quoque formulæ amputatæ & sublatæ sunt à Constantino *in l. 1. C. de formulis. &c.* Hodie igitur si de possessione inter aliquos controversia incidat, loco Interdictorum experiendum est actionibus extraordinariis sive utilibus *ut & supra initio tit. d.* Quis igitur olim fuerit ordo & exitus interdictorum, dicere supervacuum est, ut hic ait Imp. Et aliàs quoq; pro regula usurpavi, quod à Gajo dictum est *tit. ult. in fragm. vet. IC.* Supervacuum est curiosius tractare de jure, quod in desuetudinem abiit. Interea non est negandum, quin cognitio etiam juris antiqui suas habeat utilitates: de quibus vide Viglium *ad §.1 sup. de testam. ordin. & Ioach Hopperum lib.4. de vera Iurisprudent. tit. 16.* rectèque scripsit Isidorus *lib.5. Etymolog. cap.1.* Paulatim antiquæ leges vetustate atque incuria exoleverunt: quarum etsi nullus jam usus est, notitia tamen necessaria videtur. Sed modus ut omnibus in rebus, ita hîc quoque optimus est, ne dulcedine cognitionis istius capti, quasi Lotum gustassemus, patriæ nostræ obliviscamur, & in jure Romuli hærentes, illud jus quo utimur negligamus.

Ordinem verò interdictorum veterem si omninò scire cupimus, non aliunde melius quàm *ex Cic. pro Cæcinna* cognoscere poterimus. Nam is qui interdictum postulabat, cum adversario suo ad Prætorem adibat, qui ipse pro tribunali sedens decernebat, & interdictum inter illos reddebat vel edebat (utroque enim verbo hac de re utuntur) non autem alium judicem dabat, ut fieri solebat, si actio aliqua postularetur. Quod si reus decreto paruisset, lis nulla amplius erat: Sin minus, aut si se paruisse diceret, actore negante, nova dabatur actio ex sponsu: de qua Prætor dabat Judices sive Recuperationes, qui causam cognoscerent, an decreto paritum esset. Quod si paritum non esse deprehenderent, ut condemnarent reum in summam sponsione comprehensam.

Ait Imp. Omnia judicia suo tempore fuisse extraordinaria: quod & supra testatus fuit *in §.1. tit. de success. sublat. lib.3.* Et Tribonianus id inseruit verbis Pauli *in l.47. D. de neg. gest.* Nam Pauli tempore adhuc ordinaria fuisse judicia, constat vel ex eo, quia posteriores Impp. demum sustulerunt impetrationes actionum sollennes. *l. 2. C. de formulis &c.* Sic & ordo sollennis in accusationibus olim usitatus postea in desuetudinem abiit. *l.8. D. de publ. jud. l.13. D. de pœn. l.15. D. ad SC. Turpil.* Hodie nostris moribus quis sit in Germania ordo judiciorum civilium, petendum est ex iis, qui de Juris processu scripserunt, & maximè ex ordinatione Cameræ Imperialis, & in eam Notis Nic. Cisneri. De publicis judiciis dicemus *inf. ad tit. ult.* Scriptores autem processus judicialis potissimum hi celebrantur: Speculator Rob. Maranta: Henningus à Goëden: Fride-

Fridericus Schenk à Tautenberg: Joan Ferrarius Montanus: Conradus Mauserus: Chilianus Konigk: Noa Meurerus: Petrus Terminæus: Guilielmus Hanetonius: Andreas Pernederus: Abrahamus Saurius, &c.

AD TITULUM XVI. DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

DIctum est separatim de Actoris & Rei officio, iisque rebus, quæ eo pertinent. Priusquam autem ad officium Judicis, quod unum restat, pergamus: conjunctim de Actore & Reo videndum est, Quibusnám pœnis & Juris Legumque vinculis illi constringantur, si temerè ad litigandum prosiliant.

Cum enim pace & concordia atque consensione civium inter ipsos Respub. floreat; litium verò multitudo & prolixitas sit pestis ac pernicies civitatis & fundi nostri calamitas: (ut ait Varro *lib. 1. de vita Pop. Rom.* distractione civium elanguescit bonum proprium civitatis, atque ægrotare incipit & consenescere.) meritò magnæ semper curæ fuit Reip. moderatoribus & legum ac juris conditoribus, hoc in sua civitate, (quam beatam reddere student, ut opibus firma, copiis locuples, gloriâ ampla, virtute honesta sit; hoc enim propositum ipsis est, & hujus operis maximi inter homines atque optimi perfectores esse debent, teste Cicerone *lib. 8. ad Att. epist. 11. & 5. de Repub. & Epist. 1. ad Q. Frat.*) hoc igitur illi modis omnibus efficere conati sunt, ut lites essent quàm paucissimæ, & quàm citissimè expedirentur. Unde & Isocrates eas leges optimas esse judicabat, quæ & lites quam paucissimas gignerent & natas quamprimum tollerent.

Et hinc est illud quod Cato dicebat eleganter, Forum muricibus sterni oportere. Ac Homerus optat, ut lis à cœtu Divumque hominumque facessat. Nam ut taceam quod litigantes & tempus consumant litibus, quod melioribus occupationibus impendendum erat: quod item sumptuum ac rei familiaris jacturam penè irrecuperabilem faciant, dum harpyjarum forensium & vulturum togatorum immensam avaritiam explere non possunt: quantum quæso vel in hoc solo est incommodum, quod animi eorum ita distrahuntur, ita exulcerantur & sauciantur, ut odiis propemodum implacabilibus inter se diffideant? Pauci enim omninò ea sunt præditi æquitate animi & prudentia, ut possint causam à persona discernere, & causæ tantùm, non etiam personæ inimici esse: quod quidem Germanorum nostrorum dicterio præcipitur, ut simus Der Personen freundt/ der Sachen feindt. Sed plerisque hoc usuvenit, quod alio proverbio indicatur: Das Recht scheidet wol/ aber freundet nicht. Ex quo quantum ad Rempub. redundet malorum, facile est intelligere, & ex Varronis supra laudata sententia patet.

Nec

Nec Reip. tantum, sed etiam singulis civibus privatim expedit potius concordare cum aliis, quam contendere, omniaque facere, ut sint inter se amici, ut eleganter ait *l.32.D.de usufr. leg.* Et Ulpiani sententia semper valde mihi arrisit, quæ est *in l.4.D.de alien.jud.mut.causs.fact.* Verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non est vituperanda: Qualis erat Rudolphus I. Comes Habspurgensis, quem in convivio dixisse ad Abbatem S. Galli accepimus; Quicunque tres lites habet, duas si poterit componat: hoc est meum consilium. Contra turpitudine & probro non vacant, qui semper in litibus occupantur, & judicia ac subsellia obeunt tanquam περιτρίμματα ἀγορᾶς. Sicut Atheniensibus hoc vitio datum est à nescio quo auctore apud Suidam: Ajebat ille, Cicadas quidem unum duntaxat atque alterum mensem in ficubus cantillare: Athenienses autem per omnem ætatem in judiciis cantare. Ac testatur Festus: Ordinarium hominem dici solere scurram & improbum, qui assidue in litibus moraretur. Quia vero naturalis est hominum ad dissentiendum facilitas *l.17. item si unus §. principaliter D. de recept.arb.l.26.D.de servit. urb.præd.l.77.§.dulcißimus D.de leg.2.* Ad officium Prætoris pertinet diminuere lites, & id agere ut controversias dirimat, & litibus celeritatem imponat, ne diutius protrahantur aut protelentur, *l. 21. D.de reb.cred.l.1.§.inde quæritur.D.de op.no.nunt.l.2.pr.D.de aq.& aq plu.arc.l.10. C.de agricol.lib.11.l.2.§.ult.C.de jurejur propter cal.* nec permittere debet, ut repetita lite semel decisa finis negotij unius fiat exordium causæ alterius: et ne obligationes ex obligationibus fiant, & lis altera consurgat ex litis primæ materia. *l.3.C.de fruct. & liti.expens.l.11.C.de reb.cred.l.4.§. ait Prætor. D. de re judic.* Ne modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem difficultatem faciat. *l.6.D.de exc. rei jud.* Et amputare debet ea, quæ magnam occasioné præbent protrahendarum litium. *l.12.C.de contr.stipul.* Ne lites fiant penè immortales, & vitæ hominum modum excedant. *l.13. properandum C. de judic. Nov.96. c.2.* Et litium dispendiosam prorogationem restringere potius quam laxare, ut ait Pontifex *in c.28.§.cum autem. ext. de Sent. & re judic.* Difficilis enim est exitus veterum jurgiorum. Nam res multis agitata judiciis, & actionum varietate, & cognoscentium motu, & personarum mutationibus implicatur: ut gravis auctor Symmachus ait *lib.10. Epist.32.*

Proinde ut litium aliquis finis sit, Jus etiam usucapionum receptum est bono publico. *l.1.D.de usucap.l.ult.D.pro suo.* Eandem ob causam receptaest auctoritas rerum judicatarum, quæ non patitur finita instaurari. *tot. tit. D. & C. de re judic. & tit. D. de excep.rei judic.* Item transactionum firmitas ac stabilitas. *l.10.C.de transact.* Et jurisjurandi religio, quæ maximum dicitur remedium expediendarum litium *in l.1.D.de jureiur.* & compendium litium à Paulo *lib.2.sent. tit.1.* Ex eadem causa & illud fluxit præclarum certè Populi Rom. institutum, ut priusquàm litigatores in jus venirent, honoraria amici alicujus opera uterétur, qui experiretur, an illorum controversiam intra privatos parietes placidè sedare & amicabiliter componere posset. Sin res ita componi nequivisset, tum demum in jus alter alterũ vocabat: ut annotat Hotom. Partit. Jur. civil. A quo more non est alienum quod Salvator præcipit *Matth. 18.* de tentanda privatim recon-

reconciliatione priusquam in concionem perveniatur. Hinc & denunciationes usitatæ fuerunt, & editio actionis, ut statuat adversarius, sitne sibi cedendum, an contrà contendendum. *l.1.D. de edend.*

Sed omissis in præsentia cæteris, videamus illa litium minuendarum compendia & remedia, quæ hîc afferuntur. Ea sunt hæc tria: I. Pœna pecuniaria. II. Jusjurandum calumniæ. III. Pœna infamiæ.

De pœna pecuniaria Imp. primò conjunctim explicat cum Jurejurando calumniæ: Deinde iterum *in §.ult.h.t.* Nam is §. ita ad hunc tit. pertinet, quòd agit de pœna L. aureorum, qua mulctatur is, qui parentem vel patronum suum sine venia in jus vocavit. Ut autem à vetustiori jure hanc explicationem ordiamur (quod commodius esse ait Imper. *in §. singulorum. sup. de rerum divis.*) sciendum est, fuisse olim actionem quandam calumniæ, quæ pœna nummaria actorem coërcebat. *§.1.vers.hac autem omnia. inf.h.t.* Nam ita jus erat, ut actor initio litis cogeretur Reo spondere sive repromittere, se decimam partem litis, nisi vicisset, ipsi præstiturum: ut apparet *ex l ult.C.Hermog.de calumniat. & plus petendo: quam adducit Cuiac. lib.7.obs.c.5.* Sed hoc jus in desuetudinem suo tempore abiisse testatur hîc Imp. qui tamen id postea in usum revocavit *Nov. 112. c. 2. & in edicto suo 7.de argentariis.* Solent enim jura antiqua interdum renovari, postea quàm aliquandiu velut interquieverunt, ut agri post repastinationem iterum excoluntur. Unde vulgò dicitur, Rem unamquamque ex facili ad pristinam naturam consuetudinemq; reverti. Huic pœnæ vicina olim erat & alia. Nam initio litis uterque litigantium certam pecuniæ summam (in aliis rebus L. in aliis D. assium) in æde sacra vel apud Pontificem deponebat: quæ ideo sacramentum dicebatur. Depositio autem ea lege fiebat, ut victor, sive is actor esset sive Reus, suam reciperet pecuniam; victi ad ærarium pertineret: ut docet Varro *lib.4. de ling.Lat.* & Festus in Sacramentum. Unde apud Ciceronem *lib.7.epist.33.& lib.1.de orat.* est Sacramento contendere, id est, certa pecuniæ summa tanquam pignore deposito certare: ut apud *Virgil. Bucolic.*

—Dic, mecum quo pignore certes.

Græci παρακαταβολὴν vocant, teste Polluce & Budæ: Comment. Interdum non deponebatur pecunia, sed tantum sponsione promittebatur: quod Sponsionem facere dicebant: & Sponsione aliquem lacessere ac provocare, *apud Cicer. Plinium, Val.Max. Quintilian. Martialem & alios.*

Sed jam relicto jure veteri, de pœna pecuniaria jure nostro usitata separatim videamus. Ea primum versatur in actionibus quibusdam, ex quibus lis inficiando crescit. Talis est primùm actio Legis Aquiliæ de damno injuria: Secundo actio legati ad pias causas: Tertio, actio depositi, incendij, ruinæ, naufragij, tumultus causa facti. In his actionibus si reus neget se debere, & rem in judicium deduci patiatur, pœna mendacij hæc est, ut in duplum condemnetur, cum posset simpli solutione liberari, si fateretur & bonam fidem agnosceret. Qua de re jam supradictum *§. ex quibusdam.de oblig.qua q. ex contrah. & §.in duplum.& §.sed furti.de act.vid. & Cuiac.ad Nov.18. c 5.*

Deinde pœna pecuniaria cernitur etiam in aliis actionibus, in quibus lis inficiando non crescit, sed omnimodo & indistinctè reus, sive fateatur, sive inficias eat, in plus condemnatur quàm in simplum: ut est actio furti manifesti, quæ semper est in quadruplum: actio furti nec manifesti, quæ semper est in duplum, sive fur neget delictum sive fateatur: Item actio servi corrupti. Sed de his quoque supra diximus *ad §. in duplum. & §§. seqq. tit. de action.* ut nova explicatione hîc non sit opus.

Tertio pœna pecuniaria in eo versatur, quod improbus litigator cogitur adversario suo petenti litis damnum præstare, & impensas inferre. *ut hic. vers. hæc autem. inst.* Sed de expensis litis sciendum est, nullam petitionem neq; actionem de his superesse victori, nisi judex in illas quoque expresè condemnaverit victum. *l. 3. C. de fructib. & lit expens.* Nam sumptuum condemnatio est in arbitrio & æstimatione judicis. *l. 4. C. d. t.* Ita tamen, ut si eam condemnationem prætermiserit, litem suam faciat, & parti læsæ eos reddere cogatur. *l. 13. §. sive autem alterutra & l. 15. C. de judic.* nisi forte utraque pars, ut in re dubia justam habuerit litigandi causam. Tunc enim sumptus utrinque ferè compensantur. *vid. Nov. 82. c. 10.* Unde sumpta est *auth post jusiurandum. C. de judiciis. & Cuiac. lib. 12. obsc. c. 1.* Pulcrè quoque de expensis explicat *Ferrariens. in form. lib. in actione reali. & And. Gail. lib. 1. obser. ult.*

Quarto pœna pecuniaria est, qua mulctatur qui parentem vel patronum sine venia à Prætore impetrata invitum in jus vocaverit. Pœna est quinquaginta solidorum sive aureorum, *ut hic. & l. 4. §. 1. l. 12. & l. ult. D. de in ius voc. l. 2. & l. 3. C. eod.* Sed & hac de re satisdictum supra *ad §. pœnales. de action.* ut actum hîc agere non sit opus. Et hæc de primo pœnarum genere, quo afficiuntur temerarij litigatores: quos idem, quem supra laudavi, Cato vocabat Vitilitigatores, eleganter composito verbo ex vitiis & litigatoribus, *teste Plinio in præfat. Naturalis historiæ.* His addendum, pœna quoque extraordinaria sive arbitraria affici eum, qui conatus fuerit continentiam caussæ dividere, & ut hoc sibi liceret supplicaverit Imperatori. *l. nulli. 10. C. de Iudiciis. in verb. pœna ex officio judicis imminente ei.*

Sequitur de jurejurando calumniæ: de quo est *l. 2. C. de jureiur. propt. cal. dando.* quam constitutionem suam Imp. hîc adducit. Ut igitur omnium, qui judicio intersunt, animi tanto majore religione devinciantur, & admoneantur, ne quid fraudis aut falsitatis committere velint, tanquam in conspectu Dei, qui judiciis interest: *Psalm. 82. 2. Paralip. 19.* ab omnibus aliquod jusjurandum exigitur. Nam & Judex jurare jubetur: *l. 14. C. de iudic.* & testis. nam testi injurato non creditur. *l. 9. & l. 18. C. de testib.* Advocati quoque sive patroni causarum utriusque partis jurare debent. *d. l. 14. § 1. C. d. t. de iudic.* Cujus constitutionis item hîc mentionem facit Imp. *vers.* utriusque etiam. Denique & litigantes tàm actor quam reus jurare coguntur de calumnia: de quo hîc potissimum & ex professo agitur. Cumque hoc Jusjurandum sit in judiciis quotidianum, nos quoque paulò id plenius attingemus, *arg. l. 25. legavi. D. de lib. leg.* Dicemus autem

tem

tem primùm de verbo: Tum de capitibus hujus Jurisjurandi. Sunt enim plura: Tertiò de personis, quæ id præstent vel non: Quartò in quibus causis præstandum sit. Quintò quo tempore præstetur, & an sine vitio prætermitti possit. Sextò, qua pœna afficiatur, qui id recusarit.

I. Calumnia nihil aliud est, quàm si quis ex certa scientia injustè agit, vel actioni resistit, & falsa atque iniqua lite alterum vexat. *l.1.§.1. D. ad SC Turpil.tot.tit.D.de calumniatoribus.Paul.lib 1.sent.tit.de calumniatorib.* Idem significat malitiâ: quanquam usus fori ex jure Canonico *c.1.& 2.de jura.calumn.in 6.* distinguat jusjurandum malitiæ à calumniæ juramento tanquam speciem à genere. Nam jusjurandum calumniæ est generale, de tota causa sive lite, & semel tantùm præstatur. *auh. hoc sacramentum. & autb. in isto. C. de jureiur. prop. cal.* Jusjurandum verò malitiæ ajunt esse speciale, de hoc aut illo causæ articulo: idque sæpius exigere potest judex à partibus quotiens scilicet viderit hoc expedire. *c 2.§.ult.de juram.calumn.lib.6.Gail. lib.1. obs.87.num.3.* Cujacius quoque *ad c.ult.ext.de jura. calumn.* defendit, quamvis idem sint, calumnia & malitia, tamen non malè discerni jusjur. calumniæ à jurejur. malitiæ, ut illud sit propriè de lite calumniosè instituta, aut quam veremur ne calumniosè instituatur vel suscipiatur: hoc verò de alia quacunque calumnia. Germani vocant Den Eydt vor Geverde. Dolum enim appellant ipsi Geverde: ut in formula: Ohne arge List vnd Geverde/ id est, sine dolo & fraude: ἄνευ δόλου καὶ ἀπάτης. Hoc igitur jusjurandam generale de calumnia primus introduxit Justinianus *in d. l. 2. C. de iureiur. prop.cal.dand.* ut scilicet Sacramenti timore compesceretur contentiosa litigantium instantia: ut idem loquitur *in l. 1. C. d. t.* cum ante ipsum tantum speciale, quod hodie juramentum malitiæ vocant, receptum esset: quale est verbi gratia id, quod præstat is, qui alteri jusjurandum in judicio defert, nam & jure veteri is prior de calumnia jurare debet. *l.34.§.qui iusiurandum.l.37. D. de iureiur. l.11.§.1.D.de act. rer. amot. l.delata.C.de reb.cred.& iureiur.* Item quod is præstat, qui opus novum alteri nuntiat. *l.5.de pupillo.§.qui opus.D.de op.no.nunt.* Item qui postulat sibi caveri damni infecti. *l.13.§.qui damni. & §. si quis. cum. 2. §§. seqq. D. de dam.inf.* Item qui sibi satisdari postulat alibi, quàm ubi reus potest. *l.8. de dic. §. iubetur. D. qui satisd.cog.* Item qui postulat sibi edi rationes *l.6. §. exigitur.D. de edend.* Item qui desiderat, ut sibi in alieno thesaurum suum, cujus memoria extat (qui impropriè thesaurus dicitur) quærere atque effodere liceat. *l.15.D.ad exhibend.*

Item qui quid ad causam testamenti pertinens desiderat inspicere & describere. *l.3.C.quemad.testam.aperi.* Item qui fideicommiss. sibi ab hærede vel legatario vel fideicommissario relictum esse contendens, non potest id probare, & juramentum ei defert à quo petit. Nam hic quoque prior de calumnia jurabit: qua de re dixi supra *ad §. ult. de fideicommiß. hereditat. l. ult. Cod. de fideicommissar.*

Quod autem generalis illius de calumnia jurisjurandi mentio fit etiam *in lege 44. §. qui familia. Digest. famil. ercisc.* id animadversum est à

Doctis viris, esse ex interpolatione Triboniani, qui illa verba: Et ideo jurare &c. Paulo adjecit: idque satis ostendit vel barbarismus ille, ad inficias ire. Latini enim dicunt ire inficias, non, ad inficias.

Capita porrò istius jurisjurandi quinque ferè sunt: quæ etiam enumerantur *in Reformat. Norimberg. tit. 6. l. 2.* & Dd. quatuor versiculis ea complexi sunt, quos videre licet apud Ferrariens. *in form. lib. in act. reali in fi.* Illud juretur, quod lis sibi justa videtur: Et si quæretur, verum non inficietur. Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur. Nil promittetur, falsa ut sententia detur. I. Uterque litigantium jurat, se non calumniandi animo litem movere, se non calumniæ causa litem intendere aut excipere, & inficias ire aut resistere; Sed quòd credat atque existimet, se bonam causam habere. *d. l. 44. D. se. erc & d. l. 2 pr. C. de Iurejur. prop. cal. dan.* unde etiam hoc jusjurandum credulitatis vulgò dicitur. Bart. & alij *ad d. l. 2. §. quod observari. Ferrariens. practicus form. lib. in actione reali prope fin. Myns. hic. num. 12.*

II. Jurat uterque se quotiescunque in jure interrogatus fuerit veritatem dicturum. *Azo in Sum. Cod. d. tit. num 1. gl. in c. 1. ext. eod. tit.*

III. Se nihil prorsus in præsenti causa cuiquam, nisi illis tantùm quibus jura permittunt, dedisse promisissevé, aut daturos promissurosvé esse, neque per se neque per suppositam personam. *auth. principales. C de iur. iur. prop cal. dando. ex Nov. 124.* nam & is crimen contrahit, qui judici aliquid dedit, ut secundum se in bona causa pronuntiaret. *l. 1. §. ult. D. de cond. ob turp. caus.*

IV. Se falsis testimoniis aut probationibus non usuros. Sed hoc cap. ad secundum referri posse videtur.

V. Se nullam dilationem dolo malo & per calumniam protrahendæ litis causa petituros: nec probationem ullam nisi necessariam ab adversario exacturos. *l. 1. pr. & auth seq. hoc sacramentum. & auth. in isto. C. de jurejur. propt. cal. dan. ex Nov. 49. c. 3.*

De Personis quæ ita jurent, sciendum est, primò, utrumque tàm Reum quam actorem id præstare debere: Et quidem ipsas principales personas, vel altera parte præsente, vel ejus Procuratore: vel si pars una absit, neque procuratorem habeat, apud acta. Interdum tamen etiam domum mittitur ad quosdam ut jurent: verbi gratia, ad matremfam. id est, mulierem honestæ vitæ, &c. Quæ omnia prolixius declarantur *in d. l. 2 & in auth. principales. C d. t.* Pro pupillis verò & minoribus jurant ipsorum tutores & curatores: pro filio pater, legitimus ejus administrator: Curator bonis datus pro eo cui datus est: pro orphanotrophio orphanotrophus: pro Ecclesia Oeconomus: pro universitate seu municipio Syndicus vel actor ejus. Sed hoc ita demum, si & legitimam habeant administrationem, & negotium ipsis non sit ignotum. Habentur hæc *in d. l. 2. §. quod observari. & §. hoc etiam. & d. auth. principales. in fin C. d. t. Vbi & Azo in Summa. c. 3. c. 6. & c ult. ext. eod. Speculat. lib. 2. tit de jur. cal. §. 1. & §. restat.* Sic & aliàs nomine municipum jurant ij, per quos res municipij geruntur. *l. 97. D. de cond. & demonstrat.*

Porrò

Porrò de Procuratore, an per eum præstari possit hoc jusjurandum, *vid. Bart. & alij ad l.13.§.ult.D.de dam. inf. And.Gail.lib.1.obs.85.& seq.Guiliel. Hanneton. in Tract. Iudiciorum, part. 2.* Ferè autem receptum est, ut si principalis absit, ac in judicium venire prohibeatur, possit Procuratori suo speciale mandatum dare de jurando tàm in suam ipsius quàm in principalis animam *ex c.ult.de jura. cal.lib.6.* Habetur hoc etiam *in Reform.Norimb.d.tit.6.l.2.* Potest tamen Judex interdum inspecta qualitate principalium personarum non admittere procuratorem, etiamsi speciale mandatum habeat; sed jubere, ut ipsimet jurent, *d. c.3. ext. de Iuram. cal. Hanneton. d.loco.* Quæritur, an clericis hoc jusjurandum remittatur? Et quamvis olim consuetudine receptum fuerit, ut remitteretur: tamen Pontifex ipse illam abrogavit *in c.5.cæterum. ext. de jura. cal.* Fatetur enim & Bonifacius. VIII. (quæ ingenuitas laudanda est etiam in homine cętera illaudato) frequentes esse calumnias in spiritualibus quoque causis. *c. 1. §. ult. de jur. cal. lib.6.* novis autem morbis (ut ait) nova convenit præparari antidota. Parentes autem & Patroni hoc jusjurandum præstare non coguntur: cum in his suspicionem & metum calumniæ non admittat reverentia & honor, qui ipsis debetur à liberis & libertis. *l. 16. & l.34.§.qui jusjurandum. D.de jurejur.l.8.§.5.D. Qui satisd. cog.l.13.§.pen. D de dam.inf.l.7. D.de obseq.* Semper enim honesta & sancta videri debet liberto & filio persona parentis & patroni. *l. 1. & l. 9. D. de obseq.* Etsi enim in dd.ll.non agatur de hoc nostrò generali juramento calumniæ, sed de speciali, *ut supr. d.* tamen eadem in utroque est ratio: quare & jus idem utrobique esse debet.*l.32.D.ad l. Aquil. Azo in summa.C d.tit nu.2.*

Tantum de personis: quibus tamen & hoc addendum, neque dominum vasallo neque vasallũ domino jusjurandum calumniæ præstare cogendũ esse. *§. in quib 2. Feud. 33.* Ratio est, quia inter hos nulla suspicio sinistra locum habet: nulla fraus, nullum malum ingenium intervenire debet. Sequitur. IV. de Reb. sive causis. In omnibus autem causis hoc jusjurandum si exactum sit, præstandum est, sive sit judicium privatum & civile ac pecuniarium, sive publicum sit & criminale: sive sæculare, sive spirituale: quamvis olim in spiritualib. non juraretur de calumnia *l.1.pr.C.d.t.d.c.1. §.ult. de jur.cal.lib.6.* Præterea non tantùm in primo judicio, sed etiam in secundo appellationis hoc juramentum præstandum est, quamvis jam antea in prima instantia sit præstitum. *c.2.pr.de jur. calu.lib.6.l.2.tit.10 in Reform. Norimb.* Sed de causis criminalib. quod dixi, in his quoque jurari de Calumnia, non caret controversia. Nam contra Joannem, Bulgarum, Hugolinum, & Azonem (quorum sententiam secutus est Imp. Fridericus *tit.de pace tenenda in usib. Feud.*) Martinus sensit, in criminalibus de calumnia non jurari. Et hoc verius esse docet Cujac. *ad c.1 ext. de jur.cal.* ideò quia in criminali judicio sufficiat subscriptio accusatoris in crimẽ: reo autem omnia conservandæ salutis honesta sint. Respondet etiam ibid. ijs, quæ huic Martini sententiæ obijci possunt: *ut d.c.1.ext.de juram.calum l ult c de fide instrum.l.1. & 2.C.de jurejur.propt.calum dand. Nun.124.* A rebus autem in quibus hoc jusjurand. præstatur excipiendæ sunt etiam causæ feudales: de quib. paulo ante quoque admonui. Porro de tempore hujus Jurisjurandi sciendum est, id vel in ipso

Ad §. Ex quibusdam.

Tertium remedium litium refrenandarum est pœna infamiæ: quo pertinet titulus. *D. de his qui not. infam. & tit. C. ex quib. caus. infa. irrog.* Sed infamia non tàm ob temeritatem litigandi hîc inuritur, quàm ob dolum commissum: quod ex eo apparet, quia etiamsi fur, vel raptor, vel qui injuria alium affecit, non fuerit in jus vocatus, neque condemnatus, sed tantùm pactus (pacto autem tollitur hæc obligatio, & quidem ipso jure, ut nulla amplius actio supersit: ut dixi *ad §. preterea debitor. supr. de except.*) tamen ignominia notatur, *ut hic, vers. sed furti & l. 1. l. 4. §. ult. & l. seq. D. de his qui not. infam. l. 18. C. eod.* Et nemo pœnitentia sua tali delicto nocens esse definit, ut aliàs dixi. Cicero actiones famosas turpia judicia vocat: cujusmodi judicia quasi capitis appellat idem in Quinctiana. Dividit autem Imp. actiones famosas in duo genera. Aliæ namque ex delicto: aliæ ex contractu vel quasi contractu nascuntur. Ex delicto hæ quatuor: Actio furti: Vi bonorum raptorum: Injuriarum, & de dolo. Actionem legis Aquiliæ de damno injuria dato ideo hîc omitti: quia per hanc culpa & imperitia sæpè vindicatur, non dolus: proindeque non infamat, ut alibi latius dixi. (Videamus tamen ne eo saltem casu, quo dolo datum est damnum, etiam legis Aquiliæ actio infamet.) Eademque causa est, cur actiones ex quasi maleficijs non infament. Furti porrò condemnatum effici infamem; probatur etiam his locis, *l. 65. D. de furt. l. 1. §. qui furti, & l. 4. §. ult. D. de his qui not. infa. l. 7. D. de pub. jud. l. 8. C. ex quib. caus. infa. irrog. Paul. lib. 2. Sent. tit. 31. §. furti.*

Et hæc causa est, cur inter conjuges hæc actio locum non habeat, sed actio rerum amotarum detur, propter reverentiam scilicet & pudorem matrimonij. *tot. tit. D. & C. Rerum amot. l. ult. § ult. C. de furt.* Sic & contra alias personas, quib. honor & reverentia debetur, ut contra patrem vel patronum, non datur: quod de omnib. famosis actionibus similiter intelligendum est, pro quibus in tales competit actio in factum, detracta doli sive maleficij mentione *l. 5. §. 1. D. de obseq. l. 11. §. 1. D. de do. mal.* Sicut etiam pro exceptione doli aut simili aliqua datur contra illos exceptio in factum. *l. 5. §. adversus. D. de doli except.* Aliud est in condictione furtiva, in qua cessat ignominia. *l. 36. D. de obl. & act.*

Secundo, de Actione vi bonorum raptorum quod sit famosa, confirmatur per *d. l. 1. & d. l. 4. §. ult. D. de his qui not. infa. & d. l. 7. in fi. D. de pub. judic.* Eaque in re differt ab interdicto Unde vi, quod famosum non est *l. 13. D. de vi & vi arm.* Ibi enim non de ipso delicto violentiæ, sed de recuperanda rei possessione agitur.

Tertio, de actione injuriarum quod famosa sit, sunt *dd. ll. 1. & 4. D. de his qui not. infam. l. 18. C. eod. tit.* Nec tantùm si criminaliter agatur de injurijs, sed etiam si civiliter, ad æstimationem scilicet pecuniariam. Paul. *lib. 5. Sent. tit. 4. cap. 23. cum te ext. de sentent. & re judic.*

Quarto de actione doli est ét *in d. l. 1. & l. 4. D. d. t. l. 11. §. 1. D. de do. ma.* Ex cõtractib. & q. cõtractib. infamant istæ. IV. actiones: I. Tut. directa: II. Mãdati directa.

III. De-

III. Depositi directa. IV. Actio pro socio, quæ utrinque est directa. De plerisque harum *vide Cic. pro Q. Roscio.* Contrariæ actiones non infamant. *ut hic & l. 6. §. ult. D. de his qui not. infam. l. 5. D. depos.* Ratio est, Quia in contrarijs judicijs non agitur de fide rupta, sive de perfidia, ut in directis, sed tantùm de indemnitate, & de calculo, qui ferè judicio dirimi solet. *d. l. 5.* Sicut etiam hæres calculi potius quam maleficij ratione conveniri solet. *l. 29 D. de dol. mal.* Et dixi *sup. ad tit. de perp. & temp. act.* Cæterum ut hæc quæ de actionibus directis & contrarijs dicuntur, tanto rectius intelligamus, sciendum est, Directam actionem duobus modis in jure usurpari: I. Ut opponatur utili: II. Ut opponatur contrariæ. Priori notione Directa actio est, quæ competit ex ipsis verbis Legis, vel SCti, vel edicti, vel constitutionis, vel alterius alicujus juris, quod actione introduxit ac dedit: quæ etiam vulgaris actio dicitur *in l. 46 D. de hær. instit.* & ordinaria, *in l. 5. cum res. C. Si aliena res pign. data sit.* Utilis verò est, quæ verbis licet deficientibus, tamen propter æquitatem & utilitatem datur, ex voluntate & sententia, sive ex mente ac ratione legis, quia hoc quoque lex voluisse videtur, cum eadem subsit ratio, eadem æquitas, quæ in paribus causis paria jura desiderat, tametsi lex expresè non dixerit. Neque enim leges ita scribi possunt, ut omnia verbis earum comprehendantur: Et scire leges non est earum verba tenere, sed vim & potestatem. Sed hæc significatio actionis directæ huc non pertinet. Posteriore igitur modo accepta actio Directa est, quæ datur illi cujus utilitas potissimum vertitur, sive cujus causa principaliter & primariò contractus celebratus vel negotium gestum est: Unde alibi Principalis actio dicitur: *ut l. 17. §. 1. D. Commod.* Alibi etiam rectum judicium: *ut l. 18. §. ult. D. d. t.* Nam si par sit utriusque contrahentium causa, tum verò actio utrinque est directa; non autem hinc directa, illinc contraria.

Exemplo res erit illustrior. Quia societas non magis hujus socij quàm illius causa coitur, & quia par in ea est sociorum causa: idcircò actio, quæ ex hoc contractu oritur, utrinque est directa. Eodem modo in emptione & venditione, In Locatione & conductione: In communi hæreditate, de qua cohæredib. datur actio familiæ erciscundæ: Item in alia quavis communione, de qua communi dividundo agitur, & in alijs quibusdam res se habet. Non idem dicimus de commodato, de deposito, de pignore, de mandato, de tutela, de negotijs gestis. In his enim contractibus quia non est par utriusque partis causa, sed alterius potior, cujus ad utilitatem potissimum res tota spectavit: ideo directa seu principalis actio non datur utrique contrahentium, sed uni tantùm; alteri verò datur contraria seu mutua. Ut ecce: Commodatum non datur in gratiam utriusque, nec in gratiam commodantis, sed in gratiam & utilitatem commodatarij. Depositum fit propter utilitatem non depositarij, sed deponentis. Tutela ad utilitatẽ geritur pupillorum, non tutoris. Mandatum quoque & negotiorum gestus utilitatem continet domini, cujus negotia administrantur. Igitur actio commodati directa datur commodanti contra commodatarium: nam cõmodantis interest directè & principaliter, ut sua res finito usu, ad quem eam dederat, restituatur: Deponentis enim interest, rem ei restitui: Pigneratitia directa

recta datur debitori contra creditorem: Debitoris quippe interest pignus soluto debito recipere: Mandati directa datur mandanti contra mandatarium: Mandantis enim sive negotiorum domini interest, rationes ei reddi, & cętera, quæ oportet, præstari: Tutelæ directa datur pupillo contra tutorem : quia pupilli interest rationes ei reddi & tutelam restitui: Negotiorum gestorum directa datur domino contra eum qui negotia ejus gessit: nam domini negotiorum interest, rationes gestionis ipsi reddi, &c.

Contrariæ verò actiones dantur ab altera parte, non ut quis ex eo contractu lucrum capiat, sed ne sit in damno. Et hoc est quod supr. dixi, Actionibus contrarijs agi de calculo & de indemnitate. *l.6.§ ult.D. de his qui not.infam.l.5.D. depos.l.1.§.quid tamen.D.de contrar.tut.&c.*

Sed de pignore hîc dubitari potest. Constat enim pignus dari utriusque causa: & creditoris, ut ipsi in tuto sit creditum: et debitoris, quo magis ipsi credatur. *§. ult.supr. Quib.mod.re contr.obl.* Quid ergo causæ esse dicemus, cur non hîc quoque sit actio pigneratitia utrinque directa, sicut in actione pro socio & alijs supr. enumeratis, sed ex una tantùm parte, videlicet debitoris, sit directa; ex altera vero, creditoris scilicet, sit contraria? Ratio hæc esse mihi videtur, quia pignus habere etsi utile est creditori, non tamen absolutè ipsi utile est. Nam fortasse magis ei expediret habere rem suam, aut suum recepisse, quàm alterius personam aut etiam rem obligatam habere : sed rebus sic stantibus sive ex hypothesi, utile ipsi est. Debitoris autem plus interest, impetrare mutuum, vel aliam rem sibi credi, ut tanto faciliùs res suas expediat, seque ex difficultatibus, in quas fortè incidit, explicet. Hinc fit, ut debitori soluto debito demus pigneratitiam directam. (Pignus enim saluum esse, ipsique restitui magis ejus interest quàm creditoris, etiam ideo, quia pignus plerumque pluris est quàm debitum & hujus summam longè excedit: qui excessus appellari solet hyperocha, quando pignus à creditore pluris venditum est quam ipsi debebatur.) creditori verò demus pigneratitiam contrariam de eo, quod fortè in rem impendit; vel si quid damni ejus occasione ipsi datum est: aut si à debitore in pignoris datione deceptus est. Qua de re supr. dictum est *§. ult. Quib.mod. re contr.oblig.*

Plura de actionibus directis & contrarijs petere potestis *ex Cujac. lib.9. obs.c.2.& Wesenb. ad tit.D.de pig.act nu.9.* Ex his ergo intelligitur. I. Quæ sint actiones directæ, quæ contrariæ. II. Ratio regulæ hîc traditæ: cur inquam directæ tantùm, non etiam contrariæ actiones infament. Non solùm autem condemnati ex aliquo delicto notantur infamia, verum etiam pacti extra judicium: & quidem pacti pretio, *ut hîc, & d.l.1.d.l.4.§.ult.& l.6.D.de his qui not.infa.l.18. C.eod.* Nam qui de crimine paciscitur, videtur id confiteri. *l.5.D.de his qui not. inf.* Confessus autem comparatur judicato & condemnato *l.1.& l.3.D.de confess.* Est enim sua ipsius mente convictus & damnatus.

Dixi, pacti extra judicium, ut Theoph. hîc. Nam qui jussu Prætoris pactus est, quamvis dato pretio, tamen nó notatur. *d.l.6.§.qui jussu. D.de his qui not. inf.* Facit hoc auctoritas Prætoris, cujus jussui qui paret, dolo caret. Necesse enim habet parere. *l.167.§.1.D.de R I.c.24.quod quis mandato de R.I.lib.6.*

Deinde dixi, Pacti pretio. Nam cui sine pretio delicti gratia facta est, & qui precibus hoc impetravit, ne secum ageretur, integram & illibatam existimationem conservat. *d. l. 18. C. ex quibus caus. infa irrog. d. l. 6. §. qui jussu. D. eod.* ubi & ratio exprimitur elegans, Quia inhumanum esset, nullam superesse veniæ rationem aut spem. Aliud est in eo, qui de obligatione aliqua quæ ex contractu descendit, cum adversario transegit, licet ex ea actione condemnatus, fieret infamis. R. Diff. hic redditur ista: Quia plurimum intersit, utrum quis ex delicto, an ex contractu debitor sit, id est, Quia ex his causis non tàm turpis est pactio, quàm ex superioribus ut ait Paulus *in l. 7. D. de his qui not. infa.* Cur ita? Quia delicta, ut furtum, rapina seu vis, injuria, &c. ipsa sui natura sunt turpia. Violant enim illa Juris præcepta, quæ naturæ luce omnibus nota sunt: Alterũ non lædere: Suum cuiq; tribuere, &c. *l. 42. D. de verb. sign.* Contractus & inde natæ actiones per se & sui natura non sunt turpes, ut tutelæ damnari, vel mandati, vel pro socio, non est naturâ probrum aut turpe, sed more civitatis. Quæritur hic. 1. an etiam interlocutio non tantũ sententia definitiva infamiam afferat. 2. an etiam sententia ab arbitro lata? Et asser tior Angelo utrumque neganti.

Porrò effectus infamiæ hic est, Quod infames ab omni dignitate exclusi ac remoti sunt. *l. 2. C de dignit. lib. 12. c. pen. de R. I. lib. 6. ubi vid. Dynu:* Non possunt igitur esse advocati. *l. 1. §. secundo loco. D. de postul.* Non possunt esse testes, nam in teste spectanda est fides & dignitas & boni mores. *l. 1. l. 3. D. de testib.* Non etiam ad honores sive magistratus, neque ad militiam admittuntur. Est & alius effectus infamiæ in excludenda querela inofficiosi testamenti in persona fratrũ & sororum.

Notanda autem hic est obiter distinctio Infamiæ ab Interpretibus excogitata & recepta: qua Infamiam aliam faciunt Juris; aliam facti. Et Juris quidem infamiam vocant eam, quæ est vera infamia, de qua hic agimus. Facti verò, quando quis infamia quidem non notatur jure, sed tamen opinio & verecundia ejus oneratur, & pudor suggillatur apud bonos & graves viros: ut loquitur *l. 20. D. de his qui not. infa l. 13. & l. 17. C eod.* Notandæ sunt etiam aliquot rationes ac viæ, sive cautelæ, ut vocant, quibus infamia evitari possit: quas VII. recenset *Wesenb. ad tit. D. de his qui not. infa. nu. 9. And. Gail. li. 2. obs.* 102 Sed pleræque nõ sunt magni monenti. Et hæc quidem de pœnis temerè litigantium hoc titulo propositis ad quas non malè retuleris etiam ea quæ de plus petitionũ pœnis sup. dicta sunt *tit. de act. & tit. de Except.* Sunt etiam quædam pœnæ, quib. appellãdi temeritas coërcetur: quas vid. *in c. 22. cum 7. capit. seqq. 2. q. 6.* Quæ omnia Gratianus descripsit ex Sententijs Pauli & Aniani interpretamentis *lib. 5. Sent. tit. 33. & aliquot tit. seqq.* Et de pœnis injustè provocantium explicat *Iac. Ravard. 5. Varior. cap.* 10. Sic accusatorum temeritas in judicijs publicis eo refrenatur, quod accusator cogitur se in crimen subscribere, ut nisi reum convincat, & cõdemnet, ipse idem supplicium subeat, quod illi erat luendum, si foret convictus. *l. 7 D de accusat. l. pen. C eod. & passim alijs locis. Item apud Symmach. lib. 10. epist. 63. Sed hæc pertinent ad tit. ult. de publ. judicijs.*

Ad

Ad §. ult. Omnium.

Agitur hîc de in jus vocatione, quam nos hodie citationem vulgò appellamus: Germani Ladung vor gericht. De qua vid. *And. Gail. lib. 1. obs. 48. & seqq.* Cum autem in jus vocatio sit principium omnium actionum instituendarum, adeoque basis & fundamentum totius Judicij sive Processus, quo prætermisso, quidquid agitur ipso jure nullum est: sicut hæredis omissa institutione nihil in testamento scriptum valet: Pauca nos quoque de ea dicamus. Et primò quidem quid sit in jus vocare, Imp. ipse explicat, esse nimirum, vocare ad eum qui jus dicturus est, id est, ad Prætorem, qui juri dicundo præest. Sic Paulus in jus vocare ait esse, Juris experiundi causa vocare. *l. 1. D. de in jus voc.* Jus enim hîc significat locum, in quo jus redditur. *l. pen. D. de just it. & ju. l. 4. §. 1. D. de interrogati. in ju. fac.* Sic dicamus, ire, ambulare, ducere, rapere in jus, ut passim JC. Cicero, Horat. &c. Quid autem sit discriminis inter veterem in jus vocationē, & eā qua hodie utimur, vide apud *Duar. li. 1. Disput. c. 1.* Et apud Wesenb. *in tit. de in jus voc.* Porrò Citationem ferè triplicem faciunt Dd. Verbalem, Scriptam & Realem: de quibus generibus (ut & de alijs vid. *Marant. de ord. judic. part. 6. cap. de citatione.* Sed omissis cęteris dicamus potissimum de citatione scripta, sive quæ fit edicto: quamvis edictalem citationem usus fori distinctam faciat speciem, ad quam non facilè pervenitur, *teste Gail. lib. 1. obs. 57.* Debet autem omnis citatio fieri à judice: Et quia Judex non impertit officium suum, nisi imploratum, ut vulgò dicitur *ex l. 4. §. hoc autem judicium. D. de dam. inf.* debet actor judicem pro impetranda & decernenda sibi citatione per libellum supplicem adire: Proprio verò motu non debet Judex citationem decernere, ut docet *Gail. lib. 1. obs. 50. nu. 4.* Formula hujus supplicationis petenda est à pragmaticis & formularijs. Citatio ita à Judice ad instantiam partis decreta hæc ferè VI. capp. (vulgò Requisita citationis vocant) continere debet: I. Nomen judicis citantis. II. Nomen & cognomen citandi. III. Nomen & cognomen adversarij, qui citationem impetravit. IV. Causam citationis, ut citatus veniat ad judicium instructus, & ut dilationes non necessariæ præcidantur. Interdum etiā libellus conventionis inseri solet citationi, ob eandem causam. Æquissimum enim esse videtur, eum qui acturus est, edere actionem, ut ea cognita sciat reus, utrum cedere, an contendere debeat: & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum. *l. 1. pr. D. de edend.* Quòd si causa omittatur, non quidem ideo minus valebit citatio, sed dilatio danda erit reo cum comparuerit, ad deliberandum, an desistere, an contendere judicio velit. *Myns. cent. 5. obs. 85.* V. Locum continere debet Citatio, in quo futurum sit judicium. Locus autem primò quidem debet esse subjectus jurisdictioni judicis. *c. 1. 9. q. 2.* Nam extra territorium jus dicenti impune poterit non pareri. *l. ult. D. de Iurisdict l. 3. D. de off. præsid. fac. l. 21. §. si arbitr. D. de rec. arb l. 53. C. de decurion. lib. 10.* Neque hoc casu contumax est, qui non paret. *l. 53. § ult. D. de re jud.* Deinde locus debet esse honestus, in quo Prætor jus dicere possit salva majestate imperij sui. *l pen. D. de just. & ju. arg. d. l. 21. § sed si in aliquem. D. de rec arb.* Post tamen in qualibet parte territorij sui locum judicio constituere. *c. 7. ext. de offic. ordinarij. lib. 2.*

Debet etiam locus esse commodus & tutus litigantibus. *l. 59. D. de judic.* quo litigatores facile venire possint, ut ait *d. l. 21. D. de arb.* Locus assignandus est idoneus & securus, in quo nulla formidanda sit vis, nec difficile, testes vel cęteras personas producere: ut ait Pontifex *in c. 47. ex parte ext. de appellat. & c. 34. cum olim ext. de Testib. & attest. c. sive de conjugij. 33. q. 2.* Postremo locus debet esse non secretus, ad quem omnibus liber pateat aditus. *l. 6. C. de Sent. & interloc.* IV. Dies & terminus in citatione exprimendus est, in quo compareat is, qui vocatur. Et quidem primo dies non debet esse feriatus, sed juridicus: Secundo dies non nimis angustus, sed competens ac congruus esse debet, intra quem commodè ad locum destinatum venire possit: quod est in arbitrio ejus qui jus dicit, ut æstimet terminum pro conditione causæ vel personæ vel distantiæ loci aut temporis ratione. *l. 72. D. de judic.*

Etsi autem de jure tres requiruntur citationes distinctæ, quas inter singulas sit intervallum nō minus X. dierum. *l. 69. D. de judic. Et auth. Qui semel. cum l. seq. C. Quomodo & quando judex.* tamen ut sumptibus parcatur, plerumq; una pro tribus fit citatio: quod edictum peremptorium vulgo vocatur. *l. 53 D. de re judic.* Quæ tamen citatio tantum temporis continere debet, quantum tres, id est, minimum. XXX. dies. Jure Saxonico terminus citationis continere debet sex hebdomadas & triduum: idque adeò strictè pro forma observandum est, ut decurtari atque imminui hoc tempus non possit quin citatio & processus nulla sint. Vocant Sechsische frist.

Quòd si citatus nimis procul absit à loco judicij, (ut Spirâ, à loco Judicij Imperialis, multi per C. & altera miliaria absunt) tempus concedendum est lōgius pro arbitrio judicis, *ut supr. d.* Et in iter diurnum semper computanda sunt quina miliaria Germanica: sive Latini loquuntur, vicena millia passuum, argumento eorum quæ supr. dicta sunt *ad §. qui autem vult. de excus. tut.* Addi etiam solet in fine citationis sive edicti peremptorij comminatio talis: Sive Reus vocatus in termino comparaverit, sive absens sit & tergiversetur, nihilominus de causa ex jure cognitum & pronuntiatum iri. *l. 71. D. de judic.*

Denique hoc etiam notandum, Citationem fieri debere ad totam causam sive litem, *ut docet Myns. cent. 4. obs. 33. & Cent. 5. obs. 86.* Hæc omnia latius explicantur *ab And. Gail. lib. 1. obs. 48. & 5. seqq.* Citatio ita ut dixi concepta exequenda & insinuanda est citato, quod fit per nuntium juratum: ejusque rationi de executione citationis credi solet: Idq; in Registratura actorum adscribitur. *teste Gail. lib. 1. obs. 58. & seq.* Quid si citatus degat extra teritorium citantis? De eo vid. *Gail. d. lib. 1. obs. 56.* Finis autem & effectus citationis est comparitio in termino: adeò, ut tum non comparens habeatur pro contumaci: cujus pœna est expressa *in l. 73. D. de Iudic. & apud Geil. 1. obs. 59. cum seq.* Etsi autem illegitime citatus nō cogatur comparere, cum paria sint, aliquid planè nō fieri & nō debito modo fieri *l. 6. D. qui satisd. cog. l. 2. D. de Auct. tut.* tamen si ultrò comparuerit. convalescit citatio, teste *Geil. d. lib. lib. 1. obs. 58.* Postremo observetur & ratio, cur adversarius debeat citari, & sine citatione quicquid contra eum agitur, sit ipso jure nullum *teste Sebast. Vantio de nullit. sent C. de nullit. ex defect. citat.*

Ratio-

Ratio plane naturalis est, quia scilicet nemo inauditus & indicta causa condemnari debet, neque absens, nisi forte sit contumax, nemini præcludenda defensio sui, quæ est naturalis. Quis unquam sententiam Judicis inauditus excepit? ut ait Symmach. *lib.10.epist.47.* Eleganter Apul. 10. *de asin. aur.* Nec ad instar barbaricæ feritatis vel tyrannicæ impotentiæ damnaretur aliquis inauditus, & in pace placida tam dirum seculo proderetur exemplum. Tertull. Apologet. Respondendi altercandique potestas patet: quando nec liceat inauditos & indefensos omnino damnari. Sic B. Augustinus *de civit. Dei lib.1.c.19.* Vos appello leges judicesque Rom. nempe post patrata facinora nec quenquam scelestum indemnatum impune voluistis occidi. Et ante ipsum Lactant. *lib.5. cap.10. divin. Instit.* Sacrilegis inquit & proditoribus & veneficis potestas defendendi sui datur, nec prædamnari quenquam incognita causa licet, ubi mox vulgatam lectionem corrigens, pro (ut si quis erit ille qui inciderit) legendum puto, ut quisquis erit ille, &c. Sic Liberius Papa apud Annian. Marcell. *lib. 15. exclamasse dicitur sæpe:* Nec visum hominem nec auditum damnare nefas ultimum: adeoque Imper. arbitrio aperte recalcitrasse. Loquitur de Constantio, qui Athanasium sede sacerdotali abjicere & sacramento quod obtinebat indicta causa removere volebat per subscriptionem. Notum est & illud Hesiodeum: *μηδὲ δίκην.* cujus hæc est sententia: Ni prius audieris ambos, ne cernito litem. Idque etiam XII. tabulis cautum fuisse scribit *Salvian. de judicio & providentia Dei lib.8.* Quid quod Deus ipse non ante primos nostros parentes condemnat & punit, quam illos & vocasset & audisset. *Gen.3.* Et Nicodemus in consilio Pharisæorum contra Christum convocato ait: Num Lex nostra quenquam hominum condemnat, quem non ante audierit & cognorit quid commiserit? *Ioan.7.* Quid quod Speculator ait, Defensionem ne excommunicato quidem, imò nec Diabolo si in judicio adesset, negandam esse: *Rub. de inquisitione §. ult. num 6. per text. in c.5. cum inter. ext. de Except. & c.76. eorum* 11. *q.3.* Plura in hanc sententiam dixi supra *in Oeconom. hujus lib.* 4. *& vide apud Martin. Delrio. Adversariis in Senec. Medeam.*

Atque ex hoc fundamento irritus & inutilis erat Processus Judicij Feudalis ab Alberto Comite Schvvartzburgico contra Christophorum à Witzleben Nobilem Vasallum suum instituti coram paribus Curiæ, in puncto privationis feudi. Quia scilicet Reus non esset citatus à paribus Curiæ tanquam Judicibus sed tantum à Comite, id est, actore. Citatio enim debet fieri à Judice ad instantiam actoris, ut supra dixi. Ita ex facto consulti respondimus in collegio Facult. nostræ hoc ipso mense Junio, Anno 1594.

AD TITULUM XVII. DE OFFICIO JUDICIS.

POstquam de Actore & Reo primùm seorsim, deinde conjunctim satis dictum est: Sequitur de Judice ut exponamus, ejusq; officio: Qui tractatus quasi colophonem imponit huic materiæ nobilissimæ de Actionibus. Initio autem observetur discrimen inter Judicem & Arbitrum, quos imperitè cõfundit Gratianus *in c. 33. 2. q. 6.* Videte de hoc discrimine Ciceronem pro Q. Roscio: Senecam *lib. 3. de benefic. c. 7.* Lexicon Pratei & aliorum. Etsi enim interdum etiam judex dicitur arbiter, & judicium arbitrium: *ut in tit. C. Arbitr. tut.* Item cum dicimus, Arbitrium pro socio: & arbiter familiæ erciscundæ: Arbiter communi dividundo: ut supra monui *ad tit. de action.* Etsi item multa sunt inter hos communia, ut ex collatione tituli *De recept. arbitr. cum tit. de judiciis facilè apparet*: unde etiam arbitria ad instar judiciorum redacta esse dicuntur. *l. 1. D. de recept. arbitr.* & compromissum imitari judicium. *l. 14. rem non novam. C. de judiciis.* tamen propriè loquendo plurimum differunt. Nam primo Judex certæ formulæ est adstrictus, à qua ei latum unguem discedere non licet: Arbiter verò totius negotij suo arbitrio disceptandi potestatem habet. *Cic. d. loco. & ex eo Hotom. in partit. Iur. civil.* Eoq; allusit Seneca *lib. 2. de Clementia c. 7.* Clementia (inquit) liberum arbitrium habet: non sub formula sed ex bono & æquo judicat: & absolvere illi licet, & quanti vult æstimare litem, &c. Deinde in arbitrum partes compromittunt certa pœna, se ejus sententiæ, (quæ vulgo laudum dicitur) staturos & parituros: ideoque ab ea provocari non potest, cum à sententia Judicis ad superiorem appellare possit is, qui se læsum aut gravatum putat. *tot. tit. D. & C. de appellation.* Porro Judicis officium Interpretes duplex fecerunt, Nobile & Mercenarium. Nobile vocant id, quod veteribus JC. est Imperium & Jurisdictio, quæ magistratus propria sunt, cum Judex sit homo privatus ad judicandum à magistratu, qui juri dicundo præest, datus. Prætoris inquam est jurisdictio; Judicis, notio. *l. 6. D. de re judic.* Mercenarium vocant, quod causæ inservit & actioni: de quo propriè hîc agimus. Et scribit Cujac. *ad African. tractatu 3. pag. 69.* officium Judicis nullum esse potest, nisi sit actio, cui adhibeatur: qua de causa mercenarium id Dd. nostri appellarunt, quasi alienæ serviat actioni, gratuito mallem quàm mercede, aut honestiore vocabulo Judicis operam significari. Hæc ille. Est & hoc observandum, ipsos inter sese litigatores initio judicii deliberare & convenire solitos de judicibus eligendis: *teste Cicer. pro Cluentio*: ut & hodie dominus feudi sive Senior, qui cum Vasallo litigare vult, alternis vicibus cum vasallo eligit Judices ex paribus curiæ sive convasallis. *Ludolph. Schraderus Tract. feudal. parte 10. Sect. 8. quæst. 13. n. 91. & multis seqq. De quo vid. Partitiones nostras Iuris Feudalis.* Aliàs hodie Judex non eligitur à partibus, sed necessarius est, cum judicium reddatur in invitum. *lege 83. Digest. de verb. obligat.* Nisi fortè justa sit recusandi judicis causa, puta quia suspectus est: *qua de re latè*

egi

egi in Expositione Methodica Novellarum parte 9. cap. 1. Duas porrò partes hoc officium in se continet, Cognitionem videlicet causæ, & Sententiam. Causæ cognitio omninò præcedere debet, quia nemo condemnandus est inauditus & indicta causa: *ut ad fin. tit. praced. dixi: & pluribus probavi supra in Oeconomia hujus lib. 4.* Cum autem judex cognoscit, dicitur operam dare vel præbere litigantibus. Quod idem & de arbitro dicitur *in l. 18. D. de judic. l. ult. D. de vacat. mun. l. 21. §. sed si in aliquem & l. 39. D. de rece. arb. Terent. Heautontim.* Vicini nostri hîc ambigunt de finibus: me cepêre arbitrum: Ibo, & dicam, ut dixeram, operam me eis daturum, hodie non posse me dare. Sic Cicero *lib. 17. ad Attic. epist. 43. in Bruto, in Verrinis, & alibi.* Dum autem causam cognoscit, ire solet in consilium & deliberare cum adsessoribus suis: et si quis incidat nodus difficilior, ad superiores de eo referre: quæ dicuntur Relationes & consultationes judicum: quamvis Relationes Justinianus tandem in Novell. sustulit.

Altera pars hujus officii est Sententiam pronuntiare, quæ litem & controversiam terminet atque decidat: qua de re est *tit. D. de re judic. & tit. C. de sent. & interloc. & apud Paulum lib. 5. sent. tit. 5. de effectu sententiarum & finib. litium.* Sententia autem vel absolutoria est vel condemnatoria: *ut sup. dict. ad § ult. de perp. & temp. act.* Estq; hîc notandum, licet sententia (ut dixi) à judice ipso proferatur, tamen ita loqui solere JCtos, ut dicant, Actor condemnat reum. Quia scilicet, quod quisque per alium facit, ipse facere videtur. *c. 72. qui facit. de R. I. lib. 6.* Sic inquam actor dicitur condemnare reum, *in l. 33. D. de iu. dot. l. 2. in pr. D. ad l. Iul. de adult. Tacit. lib. 3. Annal.* Ab Annia Rufilla, quam fraudis damnavisset sub voce judicis C. Cestius &c. Sic creditor dicitur debitorem judicatum facere. *l. 13. §. etiamsi. D. de pignor.* Sic minor dicitur se in integrum restituere. *l. 3. §. si quis minor. & l. 48. in pr. D. de minorib.* Quamvis id non propria auctoritate faciat, verùm ordine judiciario adhibito. Nemo enim in sua causa judicare vel jus sibi dicere debet: *ut est in tit. Cod.*

Ubi autem semel judex sententiam pronuntiavit, sive benè sive malè, non potest eam rescindere aut retractare aut corrigere. Jam enim officio suo in præsenti causa defunctus est, & Judex esse desiit. *l. 14. l. 42. l. 45. §. 1. l. 55. l. 62. D. de re iudic. l. 1. C. sent.* rescindi non posse. Quamquam jure Saxonico sit recepta Leuteratio, quam vocant, sententiæ: quæ coram eodem Judice fit, ut appellatio ad superiorem. Sententiam vulgò discernimus à re judicata: ut cum dicimus, Si intra X. dies non fuerit appellatum, sententiam transire in rem judicatam. Quod reprehendit *Ioan. Robert. lib. 1. sent. c. 24.* Et certè JCti veteres hoc discrimen non agnoscunt, qui pro eodem usurpant utrumque verbum: ut & supra admonui ad *§. ult. de perpet. & temp. action.*

Deinde sententiam faciunt vulgo duplicem, Definitivam & Interlocutoriam. Germani vocant Endvrthel/ Beyvrthel. Sed veteres Sententiam interlocutioni opponunt, & cum absolutè dicunt Sententiam, intelligi volunt definitivam: *ut tit. Cod. de sentent. & interlocut.* Etsi autem multa hîc egregiè disputari possunt de officio Judicis, (verbi gratia.) Quod non ex affectibus, ex amore gratia, odio, inimicitia, neque per sordes aut pecunia corruptus

corruptus judicare debeat: quam in sententiam præclarè disserit Cæsar apud *Sallustium in bello Catilinario, & Innocentius 4. in c. 1. de sententia & re judicata, lib. 6. Et Cic. in offic. inquit*: Ponit quis personam amici cum induit judicis. Item Quod secundum acta & probata judicare debeat, & non secundum conscientiã suam, quam forte prætendere velit: de qua quæstione præter cæteros videndus Hotom. *ill. quæst. 27. & Ioan. Rivius lib. 2. de conscientia bonæ mentis mihi pag. 35.* Item quod utramque partem audire prius debeat, quam sententiam ferat. Item quod nihil præter veritatem sequi debeat: ut eleganter *Manilius ait lib. 3.* Cum judex vero nihil amplius annotat ipso. Unde *& Gunther. lib. 8.* Judicem veri sequacem esse vult, neque favore neque odio corrumpi. Item quod à muneribus capiendis prorsus abstinere debeat: ac ne quidem ab eo accipere qui bonã habeat causam, ut secundum eum pronunciet. *l. 2. §. si D. de condict ob turp. caus.* Idque ob summum, quod hic subest, periculum corruptelæ: Munera enim (ut ait, apud Moysen, is qui omnium mortalium corda novit) excœcant etiam sapientum oculos. *Deut. 16.* Hinc apud veteres statuæ judicum sine manibus ponebantur, ut significaretur scil. ἀδωροδοκήτυς καὶ ἀδικάτους esse oportere qui incorruptè velint judicare. Item de pœna judicis qui malè judicavit, &c. De quibus omnibus *vid. orationem Mureti, de officio Iudicis: & libellum Philonis Iudæi ac Claudij Cantiunculæ de off. jud. Item quæ sup. dixi ad tit. de obl. quæ q. ex del nasc.* Hæc inquam & his similia plura tametsi afferri possent, nos tamen cæteris in præsentia omissis tantum exponemus, qualis debeat esse Judicis sententia, quo ad materiam scilicet. Nam formam verborum veterem, qua sententiæ concipi solerent, eruditè annotavit *Brissonius lib. 2. Antiq. Iur. c. 2. & lib. 5. de formulis.* Inter quas celeberrima est illa, quæ utitur verbo, Videri: quod etiam *Cicero monet in Acad. Quæstionib.* modestiæ causa fieri. Nam etiamsi reus convictus esset (quod in causis præsertim capitalibus oportet fieri probationibus luce meridiana clarioribus. *l. ult. C. de probat*) tamen judex dicebat, Videris fecisse. Item parum cavisse videris. Exempla etiam annotat *Cujac. lib. 3. obs. 36.* Et *Barn. Brisson lib. 5. de formulis pop. Rom. Duar. ad tit. de recept. arb. post Budæum Annot. posterior. ad Pandect.* Quibus adde Phædrum *lib. 1. Fabu.* Tu non videris perdidisse: verba sunt Judicis, quibus sententiam inter litigantes pronunciat. Huic non absimile est quod Testes, quanquam & ipsi non nisi jurati dicerent testimonium, de iis quæ ipsimet vidissent & comperta haberent, tamen illo consideratissimo verbo utebantur: Arbitror: ut constat *ex orat. Cicer. pro M. Fonteio.* Ad quem locum de forma etiam hoc pertinet, quod Iudices tàm Græca quàm Latina lingua sententiam proferre possunt. *l. 12. C. de sent. & interlocut.* Qua in re hodie spectanda est consuetudo cujusque judicij. Differt hac in re Sententia Judicis à decreto Prætoris, quod non nisi latinè interponi debet. *l. 48. D. de re judic.* Nam in eo servabat Prætor majestatem imperij Rom. quod non alia lingua quàm Romana utebatur. Quomodo hodie Turcarum tyannus suæ linguæ majestatem servat: ut si quid per eam juratus promittat, id fideliter servet: quod verò aliena lingua promiserit, hoc fallere nulla ipsi religio sit. Ad formam & hoc referendum est, quod sententia debet continere vel condemnationem vel absolutionem. *l. 1. D. de*

de re iudic. & alioqui pro justa non habetur. *l.3.C.de sent. & interloc.* & quidem quod certa debeat esse sententia, qua de re supra admonuit Imp. *sub. fin. tit. de action.* Item quod sententia ex libello partibus legi seu recitari debet: *tot. tit.C. de sent. ex periculo recitand.* cum olim singuli tabellis in urnam conjectis sententias suas darent: absolutorias quidem litera A. exprimentes; condemnatorias verò per C. Quòd si ipsis non liqueret, per literas N. L. Vide *l.13.D.de recept. arbit. lege.36. Digest.de iudic.Gelli.lib. 14. cap.2.* vel etiam ex tabella eam pronuntiarent.

Ad sollennitatem recitationis hoc quoq; pertinet, quod judex non stans sed sedens eam pronuntiare debet. Unde toties apud bonos auctores dicitur Judex sedere: ut Cicero pro Rabirio postumo: Modò vos iidem in Aulum Gabinium judices sedistis. *Propert.lib.3.Eleg.8.* Non tamen immeritò Minos sedet arbiter Orci. Et idem *lib.4.eleg.ult.* Aut si quis posita judex sedet Æacus Urna. *Apuleius apologia 1.* Quod si modo judices de causa ista sederent C. Fabricius. Cn. Scipio. Querolus antiqua Comœdia: Ego jam nunc ubinam Prætor sedeat, investigabo celeriter, atque omnia isthæc exequar jure & legibus. Eleganter Petronius Arbiter: Ergo judicium nihil est nisi publica merces. Atq; eques in causa qui sedet empta probat. Conqueritur Satyrographus de corruptela judiciorum. Equitis autem idcirco meminit quia penes illum ordinem aliquando Romæ fuerunt judicia. Sic *Phædrus noster lib. 1. Fabul.* Tunc judex inter illos sedit simius. *Lactant.lib.6.c.18.* Sedet enim maximus & æquissimus judex Speculator ac testis omnium. *Achilles Bochius symbolo 53*

Olim Pelleus juvenis cum fortè sederet
Judex, & actori alteram.
Interea digito prudens occluderet aurem,
Interrogatus à suis
Cur nam sic faceret? satis actori est, ait, Una
Servo alteram integram reo.

Cujus moris causa afferri posse videtur ista, Quia Judex animo constante, sedato & benè composito ac perturbationibus vacuo esse debet. Talis autem magis esse potest, cum etiam corpus est quietum, & cum sedet. Quo alludit & Plautus Mostellana sed per jocum, in persona servi: Sedens plus nimio sapio quàm stans quem locum adducit Servius in 9. Aeneid. In Pythagoræ quoq; symbolis fuit: καθῆσθαι προσκυνήσοντας. Adoraturi sedeant: de quo vide Erasm. Centur. 1. Quid quod & Philosophus ait sedendo & quiescendo anima fit sapiens. Contra apud Aristot. in Rhetoric. cujusdã stoliditas & rusticitas notatur, ὅτι ἅμα βαδίζων λέγει. Sed de forma verborum in sententiis, ut & de aliis hîc olim vel hodieque receptis sollenibus jam prolixius non agemus. De materia igitur videamus: De qua summum & maximè generale præceptum hîc traditur Judici, ut sententiam proferat conformem juri. Et hujus officij sui Judex ipso nomine suo admonetur, quod à jure dicendo accepit, teste Varrone *lib.4 de ling. lat & Isidor. lib 10. Etymolog.cap.8. cuius verba referuntur in c.10.forus. ext. de verb sig. lib. 5.Decretal.*

quamquam interim apud JCtos veteres plurimum differunt, jus dicere & judicare: cum illud sit magistratus qui jurisdictionem habet; hoc judicis, qui est homo etiam privatus, nec jurisdictionem ullam habet, ut alibi docetur. Non est ergo judex (inquit Isidorus) si non est in eo justitia. Hinc alibi dicitur, Judicem boni & innocentis viri officio fungi debere. *l.4.D.fam. ercisc. l.17. §. ait Prator. D.de iniur.* Jus autem vel scriptum est vel non scriptum. Juris scripti partes sunt, Leges & Constitutiones, quæ duæ tanquā principes hîc enumerantur: Item plebiscita: SCta: Edicta Prætorum, & Responsa Prudentum. Jus non scriptum est in moribus & consuetudine positum: ut expositum est supra *ad §. constat. & §§. seqq. de iu. nat. gent. & civi.* Quod Judex secundum leges judicare debeat, probatur etiam illo vulgari verbo, quod ex Demosthene sumptum usurpavit Imp. *in l.13. C. de sent. & interloc.* Non exemplis, sed legibus judicandum est. Ubi & hoc eleganter additur, Judices veritatem & legum ac justitiæ vestigia sequi debere. *vid. & d.c.1. de sent. & re iudic. lib.6. Et in authent. jubemus. C. de iudiciis.* Judex jubetur omnibus modis sententiā proferre legibus & moribus consonantē. Non n. de Legibus sed secundum leges judicandum est, posteaquā latæ sunt: ut præclare D. August. *lib. de vera religione c.31. citatus in c.3. in istis district.4. & B. Ambr. serm. 20 super Psal.119. Beati immaculati & in c.4. iudicet ille 3 q.7. inquit*; Bonus judex nihil ex arbitrio suo facit, & domesticæ proposito voluntatis; sed juxta leges & jura pronuntiat, statutis (al. scitis) juris obtemperat: non indulget propriæ voluntati: nihil paratum & meditatum domo defert; sed sicut audit ita judicat, & sicut se habet negotij natura, decernit: obsequitur Legib. &c. & mox: qui judicat non voluntati suæ obtemperare debet; sed tenere quod legum est. Et quidē Judices jusjurandum præstant, se cum veritate & legum observatione judicium esse dispositures. *l.14. rem non novā. C. de iudiciis.* Judices inquam jurati judicant: quod ex legib. & institutis Solonis, ut alia multa, Romani mutuati sunt & usurpârunt. Nam Athenis quoq; ex Solonis instituto jurabat judex, se laturum sententias secundum leges, neq; munera accepturum, pariterq; actorem & reum auditurum, & pronuntiaturum de ea re, de qua propriè actio esset instituta. *vid. & Iac. Ravard. lib.5. variorum. c.8.* Hinc toties in jure nostro religio Judicis appellatur, ut supra annotavi in hanc rem aliquot *ll. ad tit. de oblig. quæ ex q. del.* Sententia igitur contra sacras constitutiones, aliamvè quam juris partem data, ipso jure nulla est est, adeò ut etiam appellationis necessitas remittatur. *l.1. §. item cū contra. D. quæ sent. sine appellat. rescind. l.17. D. de appellat. l.2. C. quando provoc. non est necess. c.1. ext. de sent. & re iudic.* Sed obstare videtur *l.27. D. de re iudic.* ubi sententia contra leges & sacras constitutiones lata est, nimirum ut debitor solveret usuras non sortis tantùm, sed etiam usurarum: quod est contra leges & constitutiones: *ut contra l.20. C. ex quib. caus. infa. irrog. l.29. D. de usur. l.26. §.1. D. de cond. indeb. l.3. C. de usur. rei iudic. &c.* quibus legibus anatocismus prohibetur. Ita enim appellat Cicero *lib.5. ad Attic. ep. ult.* quamvis veteres ferè legimus hoc improbo more usos, ut usura exacto anno nō soluta sorti accederet, & deinceps fœnus ipsa quoque pareret. τόκον τόκου vocat Theophrastus in charactere μικρολόγου ubi vide Notas seu Commentar. Isaac. Casauboni.

Et

Et tamen quia contra hanc injustam sententiam Præsidis reus condemnatus non ritè nec secundum leges provocavit: datur in eum actio judicati ex illa sententia, & usurarum quoque usuræ exiguntur. Respon. ut vulgò: Sententiam tunc demum ipso jure nullam esse, si expressum juris errorem contineat, aliàs valere quamvis iniquam & injustam, si ab ea non fuerit appellatum. Quæ vulgaris solutio sumitur *ex d.l.1.§.item cum contra. ubi IC.* ipse tali utitur distinctione: Aut de jure constitutionis ipsius vel alterius juris, aut de jure litigatoris seu partis pronuntiat. Priore casu sententia non valet etiam citra appellationem; Posteriore valet. Exemplum ibidem affertur: & aliud *in d.l.2. C.quando provoc.non est necess. ubi & gloss.final. vide.* Quod autem judex etiam secundum consuetudines & statuta seu leges municipales, licet à jure communi exorbitent, judicare debeat, *docet And. Gail lib.1.obs.36.* Sed hoc casu necesse est ut consuetudo vel Statutum coram Judice allegetur & probetur, alioqui probabiliter ignorari potest, cum consuetudo & statutum sit facti & in facto consistat, ut ait Pontifex *in c.1. de constitut. lib.6.gloss. & Bart.ad l.2.C. Si contra ius vel util. pub.* Secundò obstare videtur regula qua traditur, quod ea quæ contra leges committuntur, pro infectis habenda sint. *l.5. C. de legib. l.14. C. de sacros. Eccles. c.64. quæ contra jus.de R I.lib.6.* Erit igitur ipso jure nulla sententia quæ contra ll. lata est. Resp. Regulam illam loqui de contractibus, conventionibus, & pactis, non autem de rebus judicatis: quarum auctoritatem constare neque facilè convelli interest Reip. etiamsi malè & iniquè judicatum sit. *l. iudex. D. de re iud. l.servo.§.cum Prætor.D.Ad SC. Trebell.l.si patronus.§.si quis.D.de bon.libert.l.pen. D. de iust. & iure.*

Imputet enim sibi, qui appellationis auxilium seu beneficium commune & omnibus patens neglexit. Dicitur enim provocatio à sententiá judicis auxilium commune *in l.3. §.falsus. D. Rat.rem hab.* Maneat igitur hoc firmum fixumque: Sententiam à judice ferri debere secundum jura & leges ac mores. Neque enim vel mitior vel asperior legibus Judex esse debet: nec affectare aut severitatis aut clementiæ gloriam; sed perpenso judicio, ut quæq; res expostulat, statuere. *l.11.D.de pœn.* Quo pertinet quod ait Symmachus *lib.10. Epist.* Corruptæ videntur esse sententiæ, si sint legibus mitiores. Et Justinianus *in Nov.82.* ait, Non oportere judicem esse leniorem legibus. Judex & inferior magistratus quilibet venerari potius quàm interpretari debet divina oracula, ut ait Symmachus *lib.10.epist.43.* Id est, constitutiones & rescripta Imperatorum. Soli deliberationi Augustæ fas est, de scitis divalibus judicare, ut ait idem *Epist.40. d.lib.10.* Soli enim auctoritati Augustæ concessum est & condere leges & interpretari.*l.2.§.hoc autem C.de vet.iu.enucl.l.ult.C.de Legib.Nov.143.pr.* Sicut etiam soli Imperatori licet inspicere interpretationem, si qua incidat contentio inter æquitatem & jus strictum. *l.1 C.de ll.* Neque enim quæstio juris, sed quæstio facti ad Iudicem pertinet, sicut & ad Oratorem: *teste Cic.in Topicis, & arg. l.79.§.1.D. de iudiciis l.32.in pr.D.de usur.l.penult.D.de lege Fab.de plagiar.l.1.§.quorum.D.ad SC.Turpilian* Et ut *Aristoteles ait in Rhetor.lib.1.* quàm minimum permitti debet judici; sed quantum omnino fieri potest, legibus comprehendendum.

Nam qui hominem præficit, is beluam præficit, propter affectus scilicet & animi perturbationes, quibus homo est obnoxius & sæpè in transversum rapitur: qui vero legem, is rectam & puram rationem: quæ sine affectibus una & communi voce loquitur cum omnibus, summis, imis, mediis, sine respectu personarum. Ex quo & illa decidi potest quæstio, An judex debeat secundum leges scriptas, an verò secundum id quod sibi æquum & justum videtur, pronuntiare? de qua quæstione vide & Philippum Melanchthonem in Declamat: Et attingit eam Xenophon in Pædia Cyri. An & secundum communem opinionem judicabit Iudex? Ita ajunt vulgò, & quidem volunt, Judicem facere litem suam, si cõtra communem pronuntiet. Sed hoc magna eget cautione, cum sæpè fiat, ut communis opinio sit communis error & contraria juri: ut conqueritur passim in suis scriptis Zasius.

De illa verò quæstione perveteri, quam & supra attigi, An judex in judicando sequi debeat privatam suam conscientiam, an potius ea quæ ab aliis allegata & probata fuerint, vide *Hotoman. Illust. quæst. 27. Cuiac. lib. 12. cap. 19. Et Gellium d. lib. 14. cap. 2.*

Ad §. Ideoque si noxali.

Generale præceptum, quod Imp. judici præscripsit, ut scilicet sententiam ferat Iuri & legibus conformem, deinceps in specie per aliquot actionum exempla declarat: Qualem nimirum sententiam pronuntiare oporteat, I. In actione noxali. II. In rei vindicatione. III. In petitione hæreditatis. IV. in actione ad exhibendum. V. In actione familiæ erciscundæ. VI. In judicio communi dividundo. VII. In actione finium regundorum. Summa omnium hæc est, ut qualis cujusque actionis est natura & conditio, talem judex sententiam ferat. Quid autem in singulas harum actionum veniat, & quæ singularum sit natura, supra jam suis locis exposui: quæ si benè cognovimus & meminimus, res omnis nobis hîc tanto facilior atque expeditior futura est: adeoque vix operæ pretium videretur, eandem, quod dicitur, incudem repetere, nisi id nos facere cogeret Imper.

Cum igitur in Noxalibus actionibus hæc facultas domino à lege XII. tabularum tribuatur, ut si litis æstimationem præstare, damnumq; per servum datum sarcire nolit, liberari atque effugere possit servum noxæ dedendo, secundum ea quæ supra tradita sunt *ad tit. de Noxal. actio.* non debet iudex hanc electionem ipsi in sua sententia adimere, neque præcisè ad damnum sarciendum condemnare eum; sed alternativè, hoc modo: Illum illi in X. aureos condemno, aut noxæ dedere: *ut hic. & l. 2. C. de nox. act.* Ad istum tamen modum condemnatus non nisi in X. tenetur, & iudicati actione conveniri potest, non etiam ut noxæ dedat: ut ita aliud hîc sit in obligatione, aliud in solutione, si dominus servũ noxæ dedere malit. *l. 6. §. 1. D. de re judic.*

Ad §. Et si in rem.

Secundo in rei vindicatione si actor sive petitor succubuerit in probatione dominii, Iudicis sententia continebit absolutionem possessoris sive rei: cuius tum

tum possessio remanet in suo loco, *ut & supr. d. ad §. retinendæ vers. commodum. de Interdict. & vid. l. ult. C. de rei vindic.* Sin petitor rem suam esse probaverit, condemnabit judex possessorem ad restitutionem rei unà cum fructibus faciendam petitori. Duo inquam hoc casu continebit sententia: I. Restitutionem ipsi° rei, v.g. fundi, vel domus, navis servi, animalis, &c. mobilis inquam vel immobilis. II. Restitutionem fructuum & aliarum accessionum, & breviter omnis causæ. *l. 9. l. 17. §. 1. l. 20. l. 13. l. 33. l. 35. §. 1. l. 68. l. 78. & l. seq. D. de rei vind. l. 5. & l. 22. C. eod. tit.* Sed utrumque horum distinctione eget. Nam aut potest quis rem restituere, & non vult: & is statim jubendus est restituere: Quòd si non restituat, res ab ipso manu militari auferetur. *d. l. 68.* Qua in re hæc in rem actio differt ab actionibus in personam, in quibus condemnato humanitatis gratia indulgetur spatium quadrimestre, intra quod sese recolligat, & pecuniam explicet unde soluat. *l. 2. l. 3. C. de usur. rei judic. l. ult. C. de execut. rei judic.*

Ratio differentiæ est, quia detentio rei alienæ est odiosa: proindeque acceleranda ejus restitutio. Sed debitor non tàm odio quàm favore & commiseratione dignus est, qui non tàm citò pecuniam explicare potest. Olim erat tempus XXX. dierum, ut ex Gellio didicimus cautum fuisse lege 12. tabularum Postea verò videtur tẽpus fuisse in arbitrio judicis, ut tantum concederet, quantum pro cujusque facultate sufficere videretur. *arg. l. 31. D. de re judic. & l. 21. D. de judic.* Sed tandem, ut dictum est, ab Impp. concessæ sunt induciæ quadrimestres. Et quidem hoc tempus judicatis non potest judex minuere sive decurtare; sed augere potest. *l. 4. § si quis condemnatus. D. de re jud.*

Aut vult quidem, sed non potest aliquis statim restituere rem, & sibi tempus aliquod ad id concedi petit, sine tergiversatione. Hoc casu judex terminum ei certum pro arbitrio suo præfiget, intra quem restituat: & interim jubebit eum satisdare, id est, datis fidejussoribus cavere de litis æstimatione, si intra constitutum terminum non restituerit, *ut hîc.* Sin manifesta sit rei frustratio, non debet ipsi hoc spacium concedi, quia malitijs indulgeri non debet. *l. 38. D. de rei vind.* Aut denique omninò non potest restituere: idque vel quia dolo possidere desijt, vel quia sine dolo possessionem amisit. Priore casu nihilominus condemnatur ac si adhuc possideret. Dolus enim pro possessione est. Condemnabitur autem, quanti actor rem suam æstimaverit per jusjurandum in litem. Posteriore casu absolvendus erit. Et hæc de restitutione ipsius rei. De fructibus, & de distinctione inter bonæ & malæ fidei possessorem, repetite quæ dixi *supr. ad §. si quis à non domino. tit. de rerum divis.* Ea enim etiam ad hunc locum sufficere possunt Summa hæc est, quod malæ fidei possessor sive prædo omnes fructus restituere cogitur, non solùm perceptos, verùm etiam quos percipere potuit ac debuit: neque solùm extantes, sed etiam consumptos. Nihil enim prorsus ex re aliena & ex suo delicto lucrari debet.

Bonæ fidei verò possessor restituere cogitur eos tantùm, quos percepit, & qui extant: De non perceptis non tenetur, ut neque de consumptis. Post litem verò contestatam etiam is, qui antea bonæ fidei possessor fuerat, quia in mala fide constituitur, similiter de omnibus fructibus tenetur ut prædo. Secundũ

hæc igitur judex sententiam suam in rei vindicatione concipiet. Eademque omnia observabit etiam in petitione hæreditatis, ut non solùm ipsam hæreditatem vel rem aliquam hæreditariam restituere jubeat possessorem; sed etiam fructus inde perceptos. *l. 20. §. prætor. & §. cæterum. l. 25. §. quod autem. l. 37. §. ult. l. 40. §. prædo. cum l. seq. §. ult. & l. 56 D. de hæred. pet. l. 1. & l. 2. C. eod.* Est tamen quædam differentia inter has duas actiones, quo ad fructus scilicet, ut hîc indicat Imp. in verb. penè. Nam in petitione hæreditatis omnes fructus jure actionis veniunt; In rei vindicatione tantùm illi, qui ante litem contestatam percepti sunt. Reliqui officio judicis restituendi sunt, ut docet *A. Contius hîc in Notis.*

Ad §. Si ad exhibendum.

Quarto in actione ad exhibendum idem ferè est officium Judicis, quod in rei vindicatione esse diximus: cum actio ad exhibendum sit præparatoria rei vindicationis. *l. 1. D. Ad exhib.*

Jubebit igitur judex, ut reus rem cum omni sua causa & fructibus exhibeat. *l. 9. §. quantum & §§. seqq. D. d. t. ad exhib.* Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agit, experiundi sit copia: vel, est rei apprehendendæ copiam facere, vel eam in publicum producere, & videndi tangendiq; facultatem præbere. *l. 2. D. Ad exhib. l. 3. § quid sit. D. de tab. exhib. l. 3. §. ait Prætor. D. de hom. lib. exhib.* De tempore quoq; concedendo ei, qui negat se statim exhibere posse, & de cautione illo casu præstanda, idem omninò juris est hîc, quod supr. in actione in rem, *ut hîc, vers. quòd si neget.* Si quis vero neq; exhibeat, neq; de exhibendo caveat, hunc judex condemnabit quanti actor in litem juraverit sua interesse.

Ad §. Si familiæ.

De actione familiæ erciscundæ, *ut & de seqq.* duab. jam aliquid dictũ est *ad §. quædam sup. de actionib.* Eoq; & Imp. respicit. Et ibi quidem de natura harum actionum, & quid in eas veniat, breviter exposui. Hîc de judicis officio in illis, quale id sit, videndum restat. Ergo in familiæ erciscundæ actione, quæ est de dividendis inter duos pluresve cohæredes reb. hæreditarijs, duplex est Judicis officiũ: primum in Adjudicatione: Alterum in Condemnatione mutua, quoad præstationes personales. Adjudicatio in divisione talis est: Titio ex illa hæreditate illum fundum, qui C. dignus est, adjudico vel attribuo: & Mævio ex eadẽ hæreditate illas ædes, item dignas C. Et sic deinceps in cæteris reb. hæreditarijs. Nam res justo pretio æstimanda atque ita adjudicanda est. *l. 10 §. ult. D. Commu. divid.* Potest etiam talis fieri adjudicatio, ut uni proprietas fundi, alteri ususfructus ejusdem adjudicetur. *l. 6. § officio. D. Commu. divid. l. 6. §. 1. D. de usufr.* Et tum quidem res expedita est, quando æqualis est rerum singulis adjudicatarum æstimatio. Sed fit sæpenumero, ut uni adjudicata res pluris sit, quàm quæ attributa est alteri. Fit etiam ut res aliqua commodam divisionem non recipiat: & proinde uni adjudicanda sit tota. Hoc casu condemnatio est necessaria, ut quantum excedit pars vel res alterius, vel quanti est res uni adjudicata, tantam illum pecuniæ summam alteri dare jubeat.

Sic

Sic etiam condemnatio est necessaria cum unus ex cohæredib. solus percepit fructus, vel sibi stipulatus est. Non enim ad ipsius solius lucrum id pertinebit, sed cum cæteris cõmunicabitur. *l.19. D.fam. ercisc.* vel si quid unus in re hæreditaria dolo aut culpa corrupit, eamve consumpsit. *l. 16. §. sed etsi dolo & §. seq. cum l.17. D.d.t.* Item quando unus solus fecit sumptus in res hæreditarias. Hæc enim omnia invicem reputabuntur, & inter cohæredes præstabuntur: Sumptuũ quoq; usuræ præstandæ sunt ex die moræ. *l.18.§.sumptuum. D. d.t.l. 18. §.1. C. eod.* Idq́ ut fiat, judex curabit. *vid.l.47.& l.52.& l.55.D fam.ercisc.* Curabit etiam, ne quid omninò indivisum relinquatur. *l.25.§.judex.D.d.t.* De Adjudicationib. hoc etiam sciendum, ijs quib. adjudicatio facta est, cavendum esse à cohæredib. de evictione, *d.l.25.§.item curare.l.10.§.ult.D.commu.divid.* Deinde sciendũ, has adjudicationes tueri Prætoré datis exceptionib. aut actionib. *l.44.§.1.D.fam.ercis.*

De Condemnationib. quoq; postremò observandum, eas in omnium personas conferri debere. *l.27.D fam erc.* Eadem intelligenda sunt dicta etiam de actione Communi dividundo. Nam hîc quoq; officium judicis res communes dividentis versatur partim in adjudicationib. partim in cõdemnationib. Quod hîc dicitur de fundo communi, qui non possit commodè dividi regionibus, id est, in partes, id declaratur exemplo fundi vectigalis *in l.7.pr.D.commu.divid.* Cũ enim vectigalis præstatio per divisionem fundi confundatur, ꝙ contrarium esse utilitatib. ærarij: Judex ab hujusmodi divisione prorsus abstinere debet. Incommodum enim & inutile foret fisco circa plures distringi debitores, & vectigal particulatim exigere. Alia exempla sunt *in l.1.& l.3.C.commu.divid.* Hîc igitur judex totum fundum uni adjudicabit, eumq́; alteri in partem pretij condemnabit. *d.l.3.* Idem dicendum est de homine, de mulo, de alijs animalibus, de navi, & similib. rebus, quas si dividas, perdas, ut ille ajebat. Quoad sumptus quoq; ab uno in res communes factos, Item quoad fructus inde perceptos, & quo ad dolum & culpam, eadem omnia hic præstande sunt perinde ut in superiore actione. *l.pen.C commu. divid.*

Ad §. si finium reg.

Postremo judicis officium etiam in actione finium regundorum sive in controversia finali est duplex. Consistit enim partim in adjudicatione, partim in condemnationib. Adjudicatio tum demum necessaria est, cum agri commodius dividi possunt recentiorib. & evidentiorib. finib. Nam si agri jam ante satis evidenter & commodè divisi sunt suis terminis, v. g. lapide vel saxo, vel arbore, vel palo, &c. ita sunt relinquendi: nec adjudicatione utendum. Sin autem non possint evidenter discerni fines: amovendæ veteris obscuritatis gratia, uni pars aliqua adjudicanda erit ex alterius agro : & is vicissim alteri in certam pecuniæ summam, quanti scilicet ea pars agri erit, cõdemnandus. *l.2.§.1.& §.11.D.fini.reg. l.3. C. eod.* Et in eo primum versatur judicis condemnatio. Deinde etiam in eo, quod alter ex vicinis dolo malo fortè commisit circa fines, dum scilicet terminos movit, vel lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit, *ut hîc.* Neque solum civili actione hoc nomine aliquis tenetur: verum etiã criminali judicio.

Est

Est enim terminorum motio crimen extraordinarium : de cujus pœna *vid. l. 1. cum 2. ll. seqq. D. de termino moto & Paulum lib. 1. Sent. tit. 16. & lib. 5. tit. 22. & in frag. vet. IC tit. 13.* Tertio condemnatio hîc fit ob contumaciam, si quis non admiserit agri mensorem à Judice missum. Solet enim Judex præcipere, ut agrimensor eat, dimetiendi agri litigiosi, & controversiæ finalis dirimendæ gratia. *ut supr. dixi ad tit. de action ex l. 3. C fin. reg & ex l. 8. §. 1. D. eod. tit.* Nam peritis in sua cuique arte credendum est, ut vulgò dicitur *ex l. 12. D. de stat. homi.* Hunc igitur si quis non patiatur metiri, punitur tanquam contumax , ita ut contra ipsum juretur in litem.

Ad §. ult. Quod autem.

Aliquoties jam in his tribus judicijs mentio facta est adjudicationis. Ejus ergo effectum Imp. hîc exponit, esse scilicet translationem dominij. Statim enim dominum rei fieri illum, cui res adjudicata & attributa sit. Et hæc causa est, cur Vlp. adjudicationem retulerit inter modos acquirendi dominij, *tit. 19. in frag. Qua de re vid. Ant. Contium lib. 1. Disput. c. 12.* Non rectè igitur Accurs. hîc putat, tum demum transferri dominium , si sententiam secuta sit traditio vel missio in possessionem. Hoc enim & illo loco Vlpiani, & hîc ipsius Imperatoris verbis satis refellitur, dum ait : Statim, id est, simul ac pronuntiata est sententia. Non igitur requiritur traditio. Nec ad rem facit. *l. 20. C. de pact.* qua utitur Accurs. Loquitur enim de contractibus & actibus privatorum. Horum non est tanta vis, ut sine traditione dominium transferre possint. Sed sententia Judicis sive adjudicatio hîc tantum potest: quemadmodum & legis ea est potestas, ut videre licet in Legatis , in quibus dominium statim à defuncto transit in legatarium, etiam antè quàm possessio apprehensa sit. *l. 64. D. de furt. l 80. D. de leg. 2.* In alijs autem actionibus sententia Judicis non facit dominium , sed interdum illud declarat, ut in rei vindicatione. *l. 35. §. 1. D. de rei vindic.*

Postremo est etiam officium quoddam judicis sententia posterius: ut si ab ea appellatum sit ab uno ex litigatoribus qui se ea gravatum aut læsum putat: Hunc instanter petentem dimittere debet Judex ad superiorem datis ipsi apostolis sive literis dimissorijs: de quibus *vid. tit. D de libell. dimissorijs. l. 106. D. de verb. sign. Paul. lib. 5. Sent. tit. 33.* De executione autem rei judicatæ alibi explicatur : maximè *in l. 15. à D. Pio. D. de re judic.*

AD TIT. XVIII. DE PUBLICIS JUDICIIS.

Quemadmodum Justinianus librum 47. & 48. Digestorum vocat duos terribiles libros , quia scilicet in illis contineatur explicatio de delictis privatis & de criminibus tàm extraordinarijs quàm publicis, omnisque severitas & atrocitas pœnarum. *l. 2. § septimus autem. C. de vet. jur. enucl.* Ita ego hunc *tit. ult.* appellare soleo terribilem titulum atque atrocem : ut in quo non agatur de rebus frivolis, v. g. de stillicidio aut de lana caprina aut de umbra asini, ut est in proverbio; Sed de criminibus, quæ Rempub. & hanc civilem societatem

tatem immediatè lædunt: itemq; de capite & vita ac sanguine hominis, de quo (*ut ait Iuvenalis Satyr. 7.*) nulla unquam cunctatio longa est. Et in eandem sententiam gravissimè scribit Ammianus Marcellinus *lib. 29.* De vita & spiritu hominis qui pars mundi est, & numerum animantium complet, laturum sententiam, diu multumque cunctari oportet, nec præcipiti studio, ubi irrevocabile factum est, agitari. Nunquã tardum est, quod est omnium ultimum. Et si usquã alibi, hic certe verissimus est Mimus ille: Ad pœnitendum properat, citò qui judicat. Unde & Cassiodorus *lib. 7. var. formula prima.* Cunctanter esse debet, qui judicat de salute. Alia sententia potest corrigi, de vita transactum non patitur immutari, quæ valde congruunt cum loco Juvenalis & Marcellini. Seneca quoque ait: Judex futurus sanguine humano abstine. Huc pertinet quod ait Pontifex: ubi periculum majus intenditur, ibi procul dubio est plenius consulendum & cautius agendum *c. 3. de elect. & electi potest. lib. 6.* Eodem pertinet quod de Berenice scribit Aelianus *lib. 14. var. histor. cap. 43.* hanc maritum suum Ptolomæum Aegypti regem graviter objurgasse, quod inter aleæ lusum de capitalibus causis cognosceret. Aleâ namque ludenti recitabantur nomina damnatorum, & crimina quorum rei essent, ut rex, qui sibi morte digni viderentur, indicaret. Ibi tum Berenice nomenclatori tabellam è manibus eripiens, recitationem absolui passa non est, ἔοικε (φάσα(ζα) πάνυ σφόδρα περιέχοντα τὴν διάνοιαν ὑπὲρ ἀνθρώπου ψυχῆς διαλογίζεσθαι καὶ μὴ πρὸς παιδίαν γινόμενον. οὐ γὰρ ὁμοίαν εἶναι τὴν πλῶσιν τὴν τῶν κύβων, καὶ τὴν τῶν σωμάτων. qua uxoris admonitione regem delectatum ferunt, nec unquam deinde ad tesserarum lusum de vita & capite hominis tractasse. Quæ cum ita sint, cum religione magna & cum horrore quodam nos quoque ad hujus argumenti (quod quidem latissime patet ac diffusum est) brevem explicationem aggrediamur. Prolixiorem ac pleniorem ejus tractationem, & nostri instituti ratio & feriæ instantes excludunt. Pertinent autẽ huc constitutiones Criminales Caroli V. & sacri Romani Imperij, quas Germanica lingua primum scriptas post Justin. Goblerum latina paraphrasi & Notis illustravit Amicus & Cõpater meus honoratissimus, idemq; Reip. Noricæ Consiliarius & Parhedrus digniss. Georgius Remus JC. Augustanus Patricius. Pertinet huc totus liber V. Sententiarum Julij Clari: Pertinet praxis Rerum criminalium descripta à *Iodoco Damhouderio: à Ioanne Milleo: ab Aegidio Bossio Hippolyto de Marsilijs, Carerio, & alijs: Item libri de maleficijs Angeli Aretini, Alberti Gandini, & Bonifacij de Vitellinis: Item Petri Placa Epitome de Delictis: Iacob. de Bellovisu: Item magna ex parte Iacobi Menochy libri de arbitrarijs judicium quæstionib. Taceo volumina consiliorum Criminalium. Taceo Ant. Gomezij Tomum. 3. Vari. resolut. qui totus est de delictis. Taceo Tiberium Decianum, & alios.*

Ad horum & similium auctorum copiosa commentaria recurrendum est, quotiens de hodierno processu & praxi publicorum Judiciorum & de Pœnis criminum incidit quæstio. Veterem verò horum ordinem & usum non aliunde melius cognoscere licebit, quàm *ex Francisco Hotomano ad finem Partitionum juris civilis, & ex Brissonio lib. 2. Antiquit. c. 1. vide & Valer. Maxi. lib. 8. c. 1. de Judicijs publicis & Ioach. Hopperum lib. 12. de vera Iurisprud. tit. 4. 5. 6. & 7.*

Nos textum nostrum ordine exponemus, & ad eum more nostro commentabimur, ubi præmisero quosdam Jambos meos, quos aliquando de criminib. ac judicijs publicis faciebam.

Tam grande vix ullum est probrum, aut ullum scelus
Quin id patrare homo queat, quem deserit
Timor Dei, virtutis ille & officij
Magister & custos, pudoris vinculum.
Ex quo emigravit ille pectore, immigrant
Huc illicò Dei atq; hominum contemptio:
Amor sui perversus: odium proximi:
Lascivia: ira: honoris atque opum sitis;
Omnisq; probri mater impudentia.
Hinc mille pestes pullulant, divinaq; &
Humana miro agitata miscent turbine.
Nec integrum consisteret quicquam, nisi
Vis publicorum judiciorum obsisteret,
Et ensis ille, quem sibi cælitus datum
Rerum potentes non inaniter gerunt,
Hæc, quos amor virtutis in officio haud tenet,
Timore pœnæ hos abstinere probris facit.

In eo hæc capita afferuntur. I. Quæ sit differentia publicorum judiciorum à privatis. II. Definitio publicorum judiciorum: ubi simul audiemus, quomodo publica judicia differant à popularib. actionibus. III. Divisio eorundem in Capitalia & Noncapitalia. IV. Species aliquot criminum sive judiciorum publicorum, numero XII. vel XIII. Primum est Læsa majestas & perduellio: 2. Adulterium & stuprum. 3. homicidium & veneficium. 4. Parricidium. 5. Falsum. 6. Uis publica & privata. 7. Peculatus 8. Plagium. 9. Ambitus. 10. Crimen repetundarum. 11. Annonæ. 12. Residuorum. Ex his quædam paulò plenius hic explicantur, videlicet octo priora: quædam verò tantùm nominantur, ut eorum explicatio ex Pand. petatur.

De primo igitur ait Imp. Nihil commune habere judicia publica cum privatis: Potissimum autem in his duob. differre: I. in instituendo. II. in exercendo. V.G. ut hæc non nihil evoluamus, Privata judicia alia sunt civilia, alia criminalia. Sed publica omnia sunt criminalia. *l.1.D h.t.l.9.§. quod illicitè. D. de publican. & vectig.§.in summa.sup.de injur.l.ult.D.de priv. del.* Deinde privata judicia dantur ijs tantùm quorum interest, sive agant civiliter ad pœnam pecuniariam, sive agant criminaliter ad vindictam. Publica verò judicia sunt, in quibus delatio criminis & accusatio patet cuivis ex populo. *§.1.h.t.n.& l.43.§. Senatus. D. de rit.nupt.* cum spectent ad publicæ disciplinæ vigorē, ut ait *d.l.9.D.de publican.*

Tertio

Tertio privata judicia oriuntur ex delictis privatis; publica ex criminib. publicis: quæ quantum inter se differant, dictum est *supr. ad tit. 1. hujus libri.* Quarto privatorum judiciorum propria est actio; publicorum accusatio. *tot. tit. D. & C. de accusation.* & monui *supr. ad init. tit. de Actionib.* Quintò, In privatis judicijs non requiritur subscriptio. *l. ult. D. de priv. del.* quæ in publicis omninò est necessaria, ut dixi *supr. ad fin. tit. de pœna tem. litig. Vid & Cujac. 8. obs. 33.* Sexto, Publica Judicia citius finienda sunt ex jure nostro quàm privata: Illa nimirum intra biennium; hæc intra triennium. *l. 11. properandum. C. de judicijs. Vid. & tit. C. ut intra certum tempus criminalis quæstio terminetur.* Etsi enim nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est, *ut supr.* monui: tamen intra biennium satis discuti potest causa criminalis, & diutius executionem differri noceret Reip. cujus interest, delicta non manere impunita, sed infacinorosos & maleficios homines exempla statui ad deterrendos alios à perpetratione similium. Septimo publica judicia omnia infamiam afferunt condemnato; privata non omnia, sed ea tantùm quæ supr. sunt exposita *ad §. ex quibusdam de pœn. tem. lit. l. 7. D. h. t.* Octavo privata judicia exercebantur per Judices à Prætore ad id datos; Publica per Quæsitorem, qui erat magistratus certus ei rei delectus, *vid. Brissonium d. lib. 2. Antiq. c. 1. Hotom. in partit. jur. civil. & in Commentar. ad Orationes Cicer.*

Publica porrò judicia ait hîc Imp. esse, quorum executio plerumque cuivis ex populo datur, id est, quib. reum facere sive accusare aliquem cuilibet ex populo permittitur: sive quorum delatio in cõmune omnib. conceditur, *ut ait l. 30. C. ad l. Iul. de adult. Hotom in Partit. vult*, etiam inde publica judicia dicta esse, quod in ijs quæratur de injurijs ad universam Remp. pertinentibus. Deinde quia primis tẽporib. ipsemet Populus ea exercuerit in comitijs per annos quadringentos & quod excurrit. Sed Justiniani definitio potius est etymologia sive nominis definitio quàm rei, ut satis arguit etiam verbum, dicta sunt. Nondum enim explicatur id quod est proprium publicorum judiciorum, & quod naturã atq; essentiam eorum constituit. Nam dari cuivis ex populo, & suum jus populo tueri, est quiddam commune publicis judicijs cum popularib. actionib⁹: neq tamen idcircò hæc confundenda sunt, quorum longa est inter se differentia, ut docet Duaren. *l. b. 1. Disput. c. 37. & Cujac. lib. 8. obs. c. 33.*

Publicum igitur judicium ita (ut opinor) rectè definiemus, q lege certa constitutum est, sive de quo lege aliqua cautum est, & accusatio publica inducta *l. 3. §. ult. D de prævaricatoribus* sive quod ex legib. publicorum judiciorum venit, ut ait. *l. 1. D. h. t.* Cum n. per hæc crimina primariò & maximè lædatur Respub. meritò etiam de ijs singulatim leges certæ latæ sunt, quæ appellantur leges publicorum judiciorum. *d. l. 1. D. h. t. & absolutè, publicæ leges. l. 1. §. 1. D. Ad l. Corn. de sicar. l. 1. C. ubi Senatores, &c.* Vocantur & publicæ quæstiones *in l. 2. §. deinde Cornelius D. de orig. jur* & Quæstiones perpetuæ *à Cic. in Bruto.* Ut proinde rectè sic collecturi simus: Hac de re nihil cautum est aliqua lege, neq; publica accusatio inducta: Ergo non est de ea judiciũ publicum *arg. d. l. 3. § ult. D. de prævar.* Hæc. n. est vera ac propria nota, imò causa constituens Judicij publici, Lex aliqua publica. *dd. ll. & arg l. 32. §. Iulianus. D. de recep. arbit.*

Alterum verò est commune accidens, quod cuivis ex populo detur, & jus suum populo tueatur. Non rectè itaque sic concludas: Publica judicia sunt, quæ dantur cuivis ex populo. Sed populares actiones dantur cuivis è populo. Ergo populares actiones sunt judicia publica, vel vice versa. Est enim Syllogismus ajens in secunda figura, qui solet esse vitiosus, ut Logici docent. Nominetenus tamen etiam populares actiones interdum dicuntur publicæ, *ut l.30.§ in popularib.D. de jurejur.* Sed hanc notam non habent, quod publica lege sint constitutæ: ideoq; & quasi publicæ dicuntur, ut crimen vel postulatio suspecti *in l.1.§. consequens.D.de suspect.tut.* Cum ergo dixerimus, cuivis ex populo hîc concedi criminum delationem, quid juris erit, si fortè plures inter se certent de accusando? quis tum inquam potior erit? Resp. Judex eliget maximè idoneum. *l.2.D.de popul act.l 16.D.de accusat.* Idque Romæ fiebat judicio certo de ea re constituto, quam vocabant divinationem: inde scilicet, quia judex cum hîc non agat de præterito, ut solet, sed de futuro statuat, quis rectius sit accusaturus, quodammodo videtur divinare: ut scitè admonet Hotoman. *in Partit.jur.civil.& in commentar.ad Divinat.Cic.* Notanda etiam hîc partic. plerumq; quam non temerè Imp. addidit. Sunt enim qui accusare prohibentur, *de quib.vid.l.43.§.Senatus.D. de rit.nupt.l.8.& 9 D.de accusat.& tot.tit.C.Qui accus.poss.vel non.*

Divisio publicorum judiciorum ab effectu sive pœna est hujusmodi, quod quædam sunt Capitalia, quædam Nec capitalia, *ut hîc & l.2.D.eod.* Capitalia sunt, quorum pœnæ caput, id est, personam delinquentis eximunt de civitate, ut ex quibus pœna est mors, vel exilium, vel metalli damnatio. *d.l.2.& l.10. D.de jur.patron.l.13.D.de bon.poss.* Sic & fraus capitalis dicitur admitti, cum quid tale delinquitur, propter quod capite quis puniendus sit. *l.23.§. excipitur.D. de ædil.ed.* Et capitalis causa *in l.103.D.de verb.sign.* Et rei capitalis damnatus. *l.2.in pr.D.de pœn.* Et capital facere vel admittere dicebant veteres. Ut Silius Italicus:

Prævetitum namque & capital committere Martem.

Sponte viris. *Vid. Noni: Marcell. Festum, Plautum.* Et hoc Amicus quoque noster Franciscus Modius notavit ad Justinum, *(mihi pag.113.)* & ad Pandectas. Capitalium porrò pœnarum gradus commemorantur *in l.28. D. de pœnis.* Interdum tamen capitale supplicium, ut & capite plecti, strictè accipitur pro pœna gladij sive capitis amputatione, & opponitur deportationi insulæ, *l. 6. quoniam. C.ad.l.Iul.de vi pub. l.un.C.de muli.quæ se propr.serv.junx.& alibi.* Non capitalia judicia sunt, quæ non pertinent ad periculum capitis, sed ad existimationem: ex quibus scilicet pœna est pecuniaria, aut coërcitio aliqua in corpus, ut relegatio, ictus fustium, *ut hîc, & d.l.2.D.eod.d.l.28.§.1.D.de pœn.*

Ex omnibus autem judicijs publicis sive capitalia sint, sive nec capitalia, infamia irrogatur condemnato. *l.7.D.h.t.* Exempla utriusq; generis mox sequuntur. Notandum hîc est, quod ultimum supplicium Imp. hîc ponat pro morte: quod & summum dicitur supplicium à *Paulo li.5.sent.tit.17.& à Callistrato in d.l.28 D. de pœn.* Nam ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur, *ut ait.l.21. D.de pœn.* Et ita *infr.hoc eod tit.in §.Item lex Corn.de falsis & in l.29.D.de pœn. Vide & Tractatum meum de fide hæreticis servanda.*

Non

Non rectè igitur M. Wesenbecius *in l. 5. Arriani. C. de haeret. & Manich.* ubi ultimo supplicio tradi jubentur Manichaei, ultimum supplicium interpretatur deportationem cum tamen expresse haec duo inter se opponantur *& hic. & d. §. item lex Corn. de fals. & l. 1. §. ult. D. Ad. l. Corn. de fals.* Idem etiam evinci potest ex constitutione Diocletiani & Maximiniani, quae contra Manichaeos extat severissima *in lib. qui inscribitur Lex Dei, tit. 15.* In ea enim Manichaeis pessimo haereticorum generi triplex poena irrogatur, pro diversitate scilicet sectā illam sequentium. Auctores quidem & principes unà cum libris execrandae exuruntur: Consentanei verò, id est, sectatores & asseclae, si sint contentiosi, capite puniuntur, id est, gladij poena feriuntur, eorumq; bona fisco vindicantur: honoratiores autem & digniores in metallum damnantur, patrimoniis eorum similiter fisco associatis. Videtur igitur etiam *in d. l. 5. C. de haeret.* per ultimum supplicium significari poena mortis, non autē deportationis, ut vir ille doctus vult. Sed quid est quod Modestin. ait *in l. pen. D. de parricid. capitis poena, plectentur, aut ult. supplicio mactantur?* Et puto AVT ibi non esse διαζευκτικὸν, sed ἐξηγητικόν.

Porrò supplicia ita dividuntur in jure, quod alia sunt summa: alia mediocria: alia minima: ut videre licet *apud Paulum d. lib. 5. sent. tit. 17. & Ant. Contium lib. 1. Lect. subseciu c. 13.* Deinde notandum, quod Imp. hîc sejungit interdictionem aquae & ignis à deportatione, quae tamen duo idem valent, ut sup. dictum *ad §. minor. de cap. dimi.* Successit enim deportatio interdictioni aquae & ignis. *l. 3. D. Ad l. Iul. pecul.* Sicut hodie nostris morib. in locum deportationis ferè successit fustigatio cum relegatione perpetua: *teste Wesenb. ad tit. D. de Interd. & releg. insi.* Deniq; de metalli poena sive coërcitione (quae morti proxima esse dicitur *in d. l. 28. D. de poen.*) hoc sciendum, eam duplicem esse. Vel enim in opus metalli aliquis damnatur, vel in metallum. Et hic gravioribus vinculis quàm ille premitur. *l. 8. §. inter eos. D. de poen.*

Et haec de prima divisione publicorum Judiciorum, quae à poenarū diversitate sumpta est. Videntur autem mihi eadē & aliis modis dividi posse non incōmodè nec ineleganter. Et primò quidem ratione objectorum sive materiae circa quam crimina versantur: Deinde ratione causae impulsivae vel efficientis. *Ioach. Hopperus d. tit. 6. lib. 12.* etiam ita dividit, quod quaedam spectent personas; alia ad res pertineant. Ratione igitur objectorum crimina sic divido, ut quaedā laedant ac violent majestatem populi, & summam Reip. ut est crimen laesae majestatis & perduellionis, & seditionis: quaedam pudicitiam hominis: ut adulterium & stuprum: quaedam vitam hominis & ejus quidem vel extranei, vel talis, qui tibi vitae auctor extiterit, vel cui tu: quivé loco parentis & liberorum habendus sit. (Huc pertinet crimen sicariorum, veneficij, & parricidij.) Quaedam veritatem, sinceritatem & integritatem testamentorum, aliorumvé instrumentorū, nummorum, sigillorum, nominis, insignium, testimoniorum, judiciorum, &c. ut est crimen falsi, quod multimodis committitur: Quaedam libertatem civis Romani violant, ut est crimen vis publicae & privatae: ut est crimen plagij. Quaedā pecuniam publicam: ut est crimen repetundarum, peculatus, & residuorum: Quaedā annonam publicam: ut crimen defraudatae annonae: Quaedam deniq; magistratuum

tuum electionem & creationem liberam: ut crimen ambitus. Ratione causæ efficientis & vitiorum, è quibus tamquam ex mala arbore tot mali fructus progerminant & velut ex fonte ebulliunt ac promanant ad perniciem Reipub. Crimina sic dividi posse arbitror: quod quædam proficiscantur à cupiditate dominatus & tyrannidis, & ambitione honorum: quæ (*ut ait Cicero in offic.*) magnis plerumq; ingeniis innascitur, quibus illud in animo & in ore est Euripideum, quod à Julio Cæsare crebrò usurpatum accepimus:

εἴπερ γὰρ ἀδικεῖν χρὴ, τυραννίδος πέρι
ἀδικεῖν ἔξεστι, τἄλλα δ' εὐσεβεῖν χρεών.

Nam si violandum est jus, regnandi gratia
Violandum est: in cæteris pietatem colas.

Huc pertinet crimen perduellionis, majestatis & ambitus Hujus loci est gravissima Varronis sententia *lib. 4. de vita pop. Rom.* quam ex Nonio adscribam. Tanta porrò invasit cupiditas honorum plerisque, ut vel cœlum ruere, dummodo Magistratum adipiscantur, adoptent. Ita propter amorem Imperij Magistratus gradatim seditionibus sanguinolētis aut dominatus quos appellarent. Quædam ab avaritia & pleonexia oriuntur: ut peculatus, plagium, crimen annonæ, residuorum, repetundarum: nam quid nō mortalia pectora cogit auri sacra fames? Quædam à libidine, ut stuprū, adulterium, incestus, raptus, mastupratio. Quædam sunt à cupiditate aliqua alia nocendi alterius capiti & vitæ: ut homicidium, parricidium, veneficium: Quædam à studio mentiendi fallendiq; proficiscuntur: ut crimen falsi, ejusq; variæ species: Quædam denique à violentia, ut vis publica & privata item seditio. Ratione quoq; personarum dividi possunt crimina, ut alia sint paganica, alia militaria.

Ad hæc igitur genera ferè referri possunt omnia crimina & maleficia: quæ unico illo juris præcepto profligantur ac posternuntur tanquam fulmine, Alterum non lædere. Si quis læserit, ne id ei impunè sit, legibus judiciorum publicorum provisum est. Deplorare autem hîc liceat humani Ingenij improbitatem, nullum enim tantum scelus est, in quod se homo non immergat, qui Deo & honestati repudium miserit & à Deo desertus fuerit.

Ad §. Publica autem judicia hæc sunt.

Deinceps explicantur species quædam criminum sive judiciorum publicorum supra enumeratæ. Et quidem primum ex his ponitur crimen læsæ majestatis, quia hoc est omnium atrocissimum. Pertinent enim ad summam & statum Reip. evertendum: Republica autem eversa singulorum fortunæ civium salvæ esse nullo modo possunt. In singulis autem criminibus adhæc duo capita maximè vos attendere velim: I. Quo pacto & à quibus crimen contrahatur, & quid cujusq; sit proprium. II. Quæ sit ejus pœna. Sed initio admonendum, magnā olim fuisse differentiam inter crimen læsæ majestatis & perduellionis. Perduellis dicitur hostis, *teste Cicer. lib. 1. de offic. & IC. in l. 234. D. de verb. sign.* à duello scil. quod antiquis dicebatur pro bello: ac significat eum qui se hostili animo contra Rempub. gerit. Perduellionis igitur crimen committebat is, qui statum Reip. labefactare conatus esset, regnum videlicet affectando; vel qui sacrosanctum

ctum pop. Rom. magistratum, v. g. Tribunum plebis violasset: vel deniq; qui quid adversus civis Rom. libertatem fecisset: *ut ex Cic. pro C. Rabirio perduelle & ex Verrinis apparet.* Majestatis verò crimen contrahit is, qui de dignitate, amplitudine, potestatéve populi aut eorum, quibus populus potestatem dedit, detrahit: Item qui quid publico nomine facit, cum sit privatus, ut si quis falsa mandata afferat tanquam legatus: *teste Seneca lib. 9. controvers. 2.* Unde apparet, multò gravius multoq; atrocius esse illud quàm hoc: quantò scilicet gravius est totã summam Reip. evertere, quàm ejus duntaxat partem labefactare. *vid. l. ult. D. ad l. Iul. mai. & Hotom. in partit. Iur.* Glossar. vet. Perduelliones, οἱ κατὰ τῦ δήμυ τῶν Ρωμαίων βυλευόμενοι, ἢ κατὰ βασιλέων. Et Majestatis crimen, καθοσιώσεως ἔγκλημα. Hinc etiam pœna perduellionis erat gravior, nimirum supplicium crucis, aut præcipitatio de Saxo; cum pœna majestatis esset tantùm interdictio aquæ & ignis, *teste Cicerone pro Rabirio, & Paulo lib 5. sent. tit. 29.* Hoc tamen discrimen Imp. hîc insuper habere videtur, & perduellionis crimen complecti sub læsa majestate: quomodo & supra perduellionis reum dixit, pro læsæ majestatis. §. *per contrariũ. sup. de hæred. quæ ab intest.* Lata est autem hæc lex à C. Julio Cæsare Dictatore, vel potius renovata, cum antea hoc crimen vindicaretur per legem Corneliam, *teste Cic. in Pisonem & Philip. 1.* Unde & Ammian. Marcellin *extremo lib. 19.* Ubi majestas pulsata defenditur, nullam Corneliæ leges exemêre fortunam. Neq; id in historia Juris Romani novum est, ut de eadem re plures latæ sint leges, quarũ posteriores priorum quasi senium absterserunt. Est enim ut omnium rerum humanarum, ita & legum quoddam senium: ut alibi pluribus docui. Quot modis in hanc legem committatur, exponitur *in l. 1. 3. 4. 6. & 7. & 12. D. Ad l. Iul. majest. Paul. d. lib. 5. tit. 29. Tacitus lib. 1. Annal.* testatur, in judicium majestatis hæc venire consuevisse: Si quis proditione exercitum, aut plebem seditionibus, denique malè gesta Repub. majestatem P. Rom. minuisset. Facta (inquit) arguebantur; dicta impune erant. Erat etiam crimen majestatis, quærere per Chaldæos & mathematicos in domum Cæsaris, & scrutari de Cæsaris salute: *teste Tacito lib. 3. Annal. & Cuiac. ad Paul. lib. 5. tit. 21.* ubi citat in hanc rem Tertullian. adversus gentes, & Jul. Firmicum *lib. 2. Mathes. cap. ult.* Illud autem observare licet in historiis, quantò deteriores & crudeliores fuerunt principes, tantò plura sub illis in judicium majestatis vocari & per adulatores deferri solita: contrà, quantò clementiores & meliores, tantò pauciora. *vid. Tacit. d. lib. 3. & Sueton. in Tiberio cap. 58.* Verbi gratia, Sub illis etiam ebriosorum maledicta, imò & joca ac dicteria tanquam crimina læsæ majestatis deferebantur, *teste Seneca lib. 3. de benef. cap. 25.*

Item damnatus est quidam majestatis, qui eo loco urinam fecisset, in quo statuæ & imagines Principis positæ essent, *teste Spartiano in Caracalla.* Sic mulier damnata est capitis sub Domitiano, quod ante statuam principis vestẽ exuisset: teste Joan. Xiphilino. Sic sub Tiberio quidam accusatus est, quod metallam apprehendisset ea manu, qua gestabat gemmam, in qua Imperatoris imago sculpta esset, *teste Seneca d. lib. 3. de benefic. cap. 23. Vide Gothofredum ad l. 7. D. ad l. Iul. mai.*

Sed boni Impp. hæc levicula non curarunt, eaq; impunita esse voluerunt. *vid. l. 5. & d. l. 7. D. d. t. l. 1. & 2. C. eod. tit. l. unic. C. Si quis Imperatori maledix.* Observandum est autem, hoc crimen non committi adversus inferiores principes, sed tantùm contra summum Imperatorem, & contra eas Respub. quæ non agnoscunt superiorem. Pœna hujus criminis est amissio animæ, *ut hic dicitur:* sive, ut gladio feriatur reus, & bona ejus omnia publicentur, *ut ait l. 5. C. Ad l. Iul. mai. Paulus lib. 5. tit. 29.* facit discrimen inter humiliores seu viliores, & honestiores ac digniores: ut illi bestiis objiciantur, vel vivi exurantur; hi verò capite puniantur. Solet enim in pœnis irrogandis ratio haberi dignitatis & honestatis personarum, vel vilitatis: sicut & servi semper gravius puniuntur quàm liberi homines. *l. 16. & l. 28. D. de pœn.* Quid si quis damnationem & supplicium morte præveniat? Et hoc in isto crimine singulare est, quod etiam in mortuum intendi potest, ejusque memoria damnari, *ut hic dicitur, & d. §. per contrarium. supra lib. 3. tit. 1.*

Aliàs regulariter crimina mortalitate reorum extinguuntur, & accusatio perimitur. *l. 3. & l. 6. D. de publ. jud. tot. tit. C. Si reus vel accus. mort. fu. r.* In quā sententiam ait *Symmachus lib. 10. Epist. 47.* Gravium etiam noxarum pœna fine vitæ solvitur. Ideoque in illis etiam qui in reatu decedit, integri status decedit. *l. ult. in p. D. ad l. Iul. mai.* Excipitur crimen læsæ majestatis, cujus tanta est atrocitas, ut etiam defunctus accusari, & memoria ejus damnari, bonaq; fisco vindicari possint, nisi ab hæredibus purgetur, & innocens demonstretur. *d. §. per contrarium. d. l. ult. D. Ad l. Iul. mai. l. pen. C. eod. l. 20. D. de accusat. l. 6. §. sed ne eorum. D. de injust. rup.*

Hoc igitur primùm est singulare in isto crimine: quod Impp. Christiani etiam ad quæstionem hæreseωs contra Manichæos & Donatistas transtulerunt. *l. 4. §. in mortem. C. de hæret. & manich.*

Sunt & alia hîc singularia, ut Secundò, quod alienationes, manumissiones, emancipationes à nocentibus, & solutiones ipsis factæ inde usque à tempore contracti criminis non valent. *d. l. 20. D. de accus. l. ult. C. Ad l. Iul. mai.* Nam ex quó quis sceleratissimum consilium cepit, exinde quodammodo sua mente punitus est. Tertio, cum de hoc crimine quæritur, nulla dignitas vel militiæ vel generis à tormentis excipitur, sed omnium æqua est conditio. *l. 3. & 4. C. d. t. l. 10. §. 1. D. de quæst. l. 16. C. eod. Paul. d. lib. 5. tit. 29. & ibi Cuiac. adducit Ammian. Marcellin. & Chrysostomum.* Quarto hic singulare est, quod servi in caput dominorū torquentur. *l. pen. & ult. C. d. t.* Aliàs regulariter servus adversus dominum non interrogatur (ut nec libertus contra patronum) ne quidem offerente eum domino ad tormenta. *l. 1. l. 7. & l. 14. C. de quæstion. l. 1. §. 5. & 16. l. 3. l. 9. §. 1. l. 18. §. servus. & §. seq. D. eod. l. 8. C. de testib. Paul. lib. 1. sent. tit. 12. lib. 2. tit. 17. lib. 5. tit. 16. Cic. pro Dejotaro: & Milone.* Quinto hîc singulare est, quod servus dominum, libertus patronum deferens & accusans auditur. *l. 7. §. servi. D. d. t. l. 6. C. de delatorib. lib. 10. l. 2. §. pen. D. de ju. fisc. Paul. lib. 5. tit. 13.* Cum aliàs servo, qui quid ultrò de domino confitetur, fides non soleat accommodari, etiamsi objecta probare possit. Nec n. oportet in rebus dubiis salutem dominorū committi arbitrio servorum, ut eleganter

ganter ait Paulus *d. lib. 5. tit. 16. & l. 1. §. D. Antoninus. D. de quaest.* Cur ita? Quia quot servi, tot hostes, ut habet proverbium apud Festum. In solo majestatis crimine etiam servis honesta est proditio, ut ait *l. 2. C. Th.* Ne praeter crim. mai. servus dominum vel patronum libertus accuset. Sexto, damnati perduellionis non lugentur. *l. 11. §. non solent. D. de his qui not. inf.* Septimo, cadavera eorum post animadversionem non conceduntur cognatis petentibus ad sepulturam. *l. 1. D. de cadav. punit.* Octavo, filij quoq; damnatorum majestatis luunt pœnam criminis paterni. *l. 5. §. 1. C. Ad L. Iul. mai. l. 10. C. de bon. proscript. & auth. Bona. sub eod. tit.* Excluduntur enim ab omni successione, non modò patris perduellis, cui desinunt esse sui hæredes: *l. 1. §. interdum D. de suis & legit.* sed etiam matris & avi, & propinquorum, & extraneorum. Excluduntur etiam ab omnibus honoribus tamquam infames: ut perpetua egestate & infamia sordentibus vita sit supplicium & mors solatium. Dices, hoc durum & iniquum esse, cum regula juris sit, Quod nõ debeant pœnam luere, quos nulla contingit culpa. *l. 7. D. de bon. damn.* & quod peccata suos tenere debeant auctores, nec ulterius progredi metus, quàm reperiatur delictum. *l. 22. C. de pœn. l. 26. D. eod. l. 2. §. pen. D. de decurion. arg. tit. C. Ne fil. pro patre.* Si enim ex contractu patris non obligatur filius, multò certè minus ex delicto & crimine ejus obligabitur. Quid quod & ipsæ sacræ literæ dicunt, Filium non portaturum iniquitatem patris? Sed ratio hujus singularis juris est, quia etiam in filiis metuuntur exempla paterni & hæreditarij criminis, quasi ejus semina in ipsos propagata sint. Præclarè igitur secum agi putare debent filij, cum vita ipsis lenitate Imperatoria conceditur. *d. l. 5. C. ad l. Iul. mai. Cicero epist. 12. ad Brutum.* hanc quoq; rationem reddit, ut charitas liberorũ redderet parentes Reipub. amiciores. Parentes enim pro affectu magis in liberis terrentur: ut eleganter Paul. *in l. 8. §. ult. D. quod met. caus.* Nec vero me fugit (inquit Cicero) quàm sit acerbum parentum scelera filiorum pœnis lui. Sed hoc præclarè legibus comparatum est, ut charitas liberorum amiciores parentes Reip. redderet. Et addit: Ipsum patrem perduellem in suos liberos crudelem esse, non eum qui patrem hostem judicat. A filiabus verò quia propter imbecillitatem sexus minus periculi est metuendum, ideo Falcidia de bonis maternis retinebitur. *d. l. 5.* Nonò, Cum aliàs cogitationis pœnam nemo patiatur. *l. 18. D. de pœn.* hic tamen jura eadem severitate voluntatem sceleris puniri voluerunt, qua effectum. *d. l. 5. in pr. C. d. t.* De cogitatione quod dixi, eam extra pœnam esse, eò pertinet quod Græci, cum in delictis quatuor concurrant, scilicet προσβολή, πάλη, συγκατάθεσις & πρᾶξις, quæ latinè sunt, incursus, lucta, assensio & actio: prima quidem duo ajunt esse extra culpam, tertium culpam & reprehensionem mereri: actionem verò solam esse ἐμποίνιμον, id est, pœnæ obnoxiam. De conatu autẽ an & quando ille puniatur dicã in Partitionib. Feudalib. Decimò hoc quoq; singulare est, quod hic ad accusandum admittuntur, qui in aliis criminibus non admitterentur: ut sunt famosi, milites, mulieres, servi. *l. 7. & 8. D. d. t.* Qui etiam de annona aliquem accusare possunt propter publicam utilitatem. *l. 13. D. de accusat.* Plura hujus criminis singularia accumulat Joan. Igneus in Disputatione, An Rex Franciæ recognoscat Imperatorem. *num. 108. & seqq. usque ad finem.*

Ad §. Item lex Julia de Adulteriis.

Lex Julia de adulteriis coërcendis, quæ etiam de pudicitia dicitur *in l. 8. & 9. C. ad l. Iul. de adulteriis* auctorem habuit Divum Augustum. *lege 1. Dig. Ad legem Iuliam de adult. Sueton. in Augusto:* quo nomine eum laudat *Horatius lib. 4. Oda 5.* Et innuit Seneca *lib. 6. de beneficiis cap. 32.* cum ait, filiæ D. Augusti forum ipsum ac rostra, ex quibus pater legem de adulteriis tulerat, in stupra placuisse. Quamvis enim Augustus luxuriæ serviens esset, tamen in aliis ejusdem vitij severissimus ultor fuit: more hominum, qui in ulciscendis vitiis, quibus ipsi vehementer indulgent, acres sunt: ut ait de ipso Epitome Sexti Aurelij Victoris. Plurima autem hujus legis capita fuerunt, quæ diligentissimè collegit, & singulari libro exposuit Barnabas Brissonius: sicut nulla est lex publicorum judiciorum, quæ à JCtis vigilantius tractata sit quàm ista: ut ait Cujac. *ad tit. C. de adult.* Ac tria potissimum crimina hac lege comprehensa & vindicata fuerunt: Adulterium: Stuprum in virginem vel viduam: pædicatio sive mastupratio. Quæ tria etiam hìc indicat Imp. & nos ordine singula explicabimus: dicturi etiam pauca de Incesto.

Adulterium dictum est, quasi ad alterum sive ad alterius torum accessio, ejusque violatio, ut ait Gratianus *sub c. 2 lex illa 36 q. 1.* ubi etiam distinguit inter adulterium & alia huic vicina flagitia, ut fornicationem, stuprum, incestũ, & raptum. Papinianus *in l. 6. D. de adult.* ait, hoc nomen compositum esse propter partum ex altero conceptum. Uterque in eo convenit, quod adulterium deducunt ab alter. Imp. hìc adulteros vocat temeratores alienarum nuptiarũ: Valer. Max. subsessores matrimoniorum. Vocantur & sacrilegi nuptiarum *in l. 30. quamvis C. de adulter.* Intelligere autem debemus adulterum non sola animi propositione, quod quis alienam matremfam. corrumpere in animum induxerit, sed assumpto actu, ut ait *l. 225. D. de verb. signi.* Nam solicitatores alienarũ nuptiarum & matrimoniorum interpellatores, qui effectu sceleris potiri non potuerunt, non sunt pro adulteris habendi, neque ordinaria pœna adulterij puniendi: Sed tamen quia scelere non omninò vacant, extra ordinem puniuntur propter voluntatem perniciosæ libidinis. *l. 1. D. de extraord. crim.* Quamvis autem lex Julia promiscuè & indifferenter usa sit & stupri & adulterij verbo: tamen propriè hæc ita differunt, quod adulterium committitur in nupta aliena; Stuprum verò in libera persona, id est, vel virgine, vel vidua, vel puero. *l. 6. & l. 34. D. de adult. l. 101. D. de verb. sig.*

Ex his intelligimus, maritum tametsi cum altera persona libera rem habuerit, non tamen esse adulterum (non enim accedit ad alienum torum, nec alienam matremfam. corrumpit) sed fœminam esse adulteram, quæ cum alio viro consueverit. Nec proinde potest fœmina sui lecti injuriam persequi adversus maritum: nec potest de matrimonio suo violato conqueri. *l. 1. C. de adulter.* Leges igitur veteres non æqualiter exigunt castitatem à viro & à muliere; sed ab hac longè majorem & arctiorem, & secundum eas gravius peccat fœmina, si cum altero viro rem habeat, quàm maritus si cum alia fœmina. Ratio differentiæ est, quia quando nupta nostra cum alio viro rem habet, incerta nascetur sobo-

soboles, & cogetur maritus eos agnoscere pro suis liberis, qui ejus non sunt, sed in ipsius thalamum suppositi sicut cuculum ajunt ova sua in curucæ nidum imponere à curruca excludenda: & sicut perdices aliena ova sibi supponere perhibentur. Hæc partus & familiæ confusio & incertitudo plurimum nocet Reipub. Unde etiam suppositi partus gravissima est Jure civili pœna: de qua infra *ad Legem Cornel. de fals. dicam.* Non est autem hoc metuendum in altero casu, nam extra justas nuptias nati matrem sequuntur, *l. 10. cum legitimæ. l. 24. D. de stat. hom. ut sup. dict. lib. 1.* Sed pater is esse præsumitur, quem justæ nuptiæ demonstrant. *l. 5. D. de in jus voc. d. l. 19. de stat. hom.* Ad hoc discrimen, quod est ex jure civili, respexit Lactantius *lib. 6. cap. 23.* Non enim (inquit) sicut publici juris ratio est, sola mulier adultera est, quæ habet alium; maritus autem, etiamsi plures habeat, à crimine adulterij solutus est; sed divina lex ita, &c. ubi (ut hoc obiter admoneam) habendi verbo obscœna significatione usus est Lactantius: ut & Græci ἔχειν usurpant de re Venerea. *Vide Ludovic. Vivem lib. 2. de officio Christi. fœm. cap. de Zelotypia.* Athanasium in *Quæst. ad Antiochum quæst. 94. pag. 302. Cujac. Recit. ad Cod. tit. de adult. ubi & Ambros. & Augustinum & Gregor. Nazian. citat. Vid. c. 4. nemo blandiatur. 32. quæst. 4. & ca. ult. quæst. 5.* Christiana (inquit) religio adulterium in utroque sexu pari ratione condemnat.

Sed quamvis uxor non possit maritum adulterij accusare, ac tantùm vir uxorem, tamen judex adulterij, si fortè maritus uxorem accuset, ante oculos habere debet & inquirere, an maritus pudicè vivens mulieri quoque auctor fuerit bonos mores colendi. Periniquum enim esse videtur, ut vir pudicitiam ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat, ut ait Ulpian. *in l. 13. §. judex. D. de adult.* ex elegantissimo rescripto Imp. Antonini, quod ex Cod. Gregoriano recitat B. Augustinus *lib. 2. ad Pollentium,* ut observarunt Jac. Cujacius *ad Nov. 22. nec non in Recitat. ad Cod. tit. de adulter. & ad Decretal. tit. de divortiis.* ubi laudat Augustini librum De bono conjugali: *& Ant. Contius lib. 1. lect. subseci. c. 7.* Committitur etiam adulterium ab eo, qui à priore marito dimissam duxerit uxorem: ut est in Evangelio *Matth. 19.* & ab ea muliere, quæ priore marito adhuc superstite, quem falsis rumoribus audiverat esse mortuum, nuptias repetivit. *l. 11. §. pen. D. de adult. l. 6. D. de divort.* Eum enim qui duas simul uxores habet, vel eam quę duobus eodem tempore nupta est, sine dubitatione comitatur infamia. *l. 18. C. de adult. l. 1. in fi. D. de his qui not. infa.* Imò ex Constitutione Caroli V. Gladij pœna tales afficiuntur, ut & sup. dict. *ad tit. de Nuptiis.* Plura de Polygamia vide apud Jac. Menoch. *De arbit. judic. casu 420.* Hactenus quomodo & à quibus adulteriũ committatur vel non: Nunc de ejus pœna: de qua vide & Cujac. *lib. 6. c. 11. lib. 19. c. 39. lib. 20. c. 18. & lib. 21. c. 17.* De pœna adulterij apud varias gentes ac nationes hîc explicare nimis longum est: qua de re vide *Iodoc. Damhoud. in Praxi rer. criminal. c. 89. & Iac. Menoch. de arbit. jud. casu. 419.* Dicemus igitur tantùm de pœna ex jure Rom. Sciendum est autem, Adulterij pœnam apud Romanos non semper unã eandemq; fuisse, nam ante legẽ Juliam nulla erat pœna legitima; sed propinqui privatim in adulteras animadvertebant, ut ex Gellio aliisq; videre licet. Deinde lex Julia pœnam relegationis proposuit adulteris, ut latè docet *Prisson. in comment. ad l. Iul. de adulter.*

 Ter-

Quis autem adulterij accuſare poſſit, & quomodo maritus duplici jure, vel mariti inquam vel jure publico uxorem accuſet, petendum eſt ex D. Eſt & hoc ſingulare, quod ſervi tàm mariti quàm uxoris in cauſa adulterij torquentur, teſte Paulo *d.lib.2.tit.26.l.27.D.de adult.l.32.C.eod.l.5.D.de quæſt.* Adeò ut ſervi manumiſſio in fraudem legis facta, ne ſcilicet torqueatur, non valeat. *Paul. d.loco nu.9.* De Adulterio tantum. Plura qui deſiderat, is Julium clarum adeat *in §. Adulterium.* Inceſtum gravius eſt crimen quam adulterium. Committitur enim cum cognata, quam in matrimonio habere prohibemur, vel jure gentium vel jure civili, v.g. cum matre, cum ſorore, cum ſororis filia, &c. Eſt autem duplex inceſtum, *ut ſupr. expoſui ad tit. de Nupt. vid. l.38.D. de adult. l.5.D. de quæſtion. Cujac. lib.21 obſ.c.18.* Pœna ejus olim erat præcipitatio de ſaxo Tarpeio, *teſte Tacito lib 6. Amal. & Seneca lib.1. controverſ. 3.* Sed hoc genus pœnæ poſtea abrogatum eſt. *l.25.§.1.D. de pœn.* Erat etiam inceſtum, cum virgo veſtalis ſe corrumpi patiebatur: cujus pœna erat ſepultura viventis.

Sequitur de nefanda libidine cum maſculis, quæ vocatur vulgò Sodomia vel crimen Sodomiticum, à Gallis Lepecche contra nature & Juſtinianus in *Novel. 77. Luxuriam contra naturam.* Hujus deteſtatio graviſſima eſt *in l.31.C. de adult. & in frag. vett. IC. tit.5.* Scelus hoc eſt, quod nō proficit ſcire, ubi amor quæritur nec videtur: Flagitioſus luxus, quo viri corpus muliebriter conſtitutum alieni ſexus patientia damnatur: alienus ſexus expetitur ab eo, qui ſuum turpiter perdidit: & polluitur hoſpitium virilis animæ, quod ſacroſanctum cunctis eſſe debet. Sacræ literæ etiam multis in locis hoc capitale ſcelus damnant, *ut Levit. cap.18. & 20.3. Reg.14. & 15. Paul. Rom.1. & 1. Corin 6. & 1. Tim.1.* ubi ἀρσενοκοίτας vocat eos, qui hoc ſcelus perpetrant: (Phocylides ἄρσενα κύπριν ὀρίνειν.) ſicut qui patiuntur vocantur Pathici apud Catullum & alios poëtas. Adeò enim frequens olim hoc crimen fuit, ut delicias eo fecerint, & ingenium ſuum in iſta turpitudine oſtentarint. In jure vocantur Muliebria paſſi, quos Prætor à poſtulando removet. *l.1.§. removet. D. de poſtulando.* Vocantur & Concubini & impudici, teſte Seneca *in proœmio.4. Controverſ. Epigramma Græcum in tales vide in Indice meo in Sent. Pauli. lit. P.* De hoc crimine primò Romæ lata eſt lex Scantinia, vel ut alij legunt, Scatinia: cujus plurimi auctores meminerunt. *Vide Sueton: Domitian. cap.8. & ibi Lævin Torrent.*

Sed pœna ejus legis tantùm nummaria fuit, videlicet decem millium nummûm: quæ cum pro tanti ſceleris atrocitate nimis eſſet levis, Lex Julia capitis pœnam introduxit in eum, qui maſculum liberum ſtupraſſet invitum, *teſte Paulo lib.2. Sent. tit.26.* eamq; pœnam conſtitutione ſua comprobavit Conſtantinus *in d. l. 31. C. de adult.* jubens inſurgere leges, armari jura gladio ultore. Tandem verò Valentinianus, Theodoſius & Arcadius ignis ſupplicium conſtituerunt, ut hujuſmodi ſcelus ſpectante populo flammæ vindices expiarent. *l.6. C.Th. ad l. Iul. de adult.* Quæ conſtitutio plenior extat *d. tit.5. in frag. vet. IC.* Et hoc ſupplicium hodie frequentatur, ut teſtatur *Iul. Clarus lib.5. Sent. §. Sodomia. num.5.*

Veneri maſculæ & præpoſteræ vicinum eſt ſcelus, concubitus cum bru-

Ad §. Item lex Cornelia de sicarijs.

Pudicitia & vita pari passu ambulant, ut vulgò dicitur, *arg. l. 8. D. Quod met. causa.* Rectè igitur legi Juliæ de adulterijs subijcitur hîc proximè lex Cornelia de sicarijs & veneficijs. Ea lata est à L. Cornelio Sulla Dictatore *l. 2. §. deinde Cornel. D. de orig. jur. Cic. pro Cluentio.* Sicarij dicti sunt quilibet homicidæ, nomine συνεκδοχικῶς derivato à sica qui est culter ferreus, *ut Imp. hîc ait in vers. sicarij autem.* vel est gladiolus brevis & inflexus sive incurvus, teste etiam Suida. *Vid. Brissonium lib. 2. Antiquit. c. 11.* Videamus primò quinam in hanc legem Corn. de sicarijs & quomodo committant: Deinde quæ sit eorum pœna. Committunt *in h. l.* non unius generis homines, cum neq; vita homini uno modo eripiatur. Qua de re insignis est locus Optati. Afri. Milevit. *extremo quasi lib. 2. de Schism. Donatist.* Gloriamini, q vobis male dicentib. aliqui homines mori potuerunt? Certè nõ licet occidere. An ideò vos putatis innocentes, quia ferro usi nõ estis? Innocẽtem se & venenarius judicet, si in solo ferro est homicidiũ. Non sibi videatur re⁹, qui alterum subducto cibò necaverit. Innocentẽ se judicet, qui spirandi prohibita facultate suffocaverit vivere cupientẽ. Necis multa sunt genera; sed unum nomen est mortis. Maledictionib. tuis cum fiducia hominẽ lingua percutias, indubitanter homicida es, si per te mortu⁹ fuerit qui vivebat, Pertinent igitur ad *h. l.* primùm homicidæ, qui hominem quocunq; modo & genere dolo malo occiderint, mortisve causam præstiterint, teste Paulo *li. 5. tit. 23.* Dico, Hominem, nulla habita differentia, cujus cõditionis aut sex⁹ hominẽ aliquis interemerit, marẽ an fœminã (nam & mulier hominis appellatione continetur nõ min⁹ quàm masculus. *l. 152. D. de verb. sig.*) servũ an liberum, infantẽ an adultũ. *l. 1. § & qui hominem. D. ad l. Corn. de sica. l. pen. C. eod. Cujac. li. 6. c. 21.* Nã etiam qui servũ occidit, lege Cornel. tenetur. *l. 11. §. ult. D. d. t.* Et pater filiũ inauditũ occidere nõ potest hodie, ne quidẽ si eum adulterũ in noverca deprehenderit: sed accusare ipsũ debet. *l. 2. D. de sicar. l. 5. D. ad l. Pomp de parricid.* Dico [dolo malo.] *l. 1. C. d. t.* Hic enim in quovis cirmine intervenit. Quòd si quis per lasciviã causam mortis alicui pbuerit, nõ ordinaria huj⁹ legis pœna punitur, sed ad tẽpus relegatur. *l. 4. D. de sicar.* Sic neq; is ad leg. Corn. pœnã pertinet, q lata culpa aliquẽ occidit. Exempla sunt *in l. 7. D. de sicarijs.* In contractib. quidẽ lata culpa dolo æquiparatur, ut aliàs dictũ *ad tit de obligationib.* At in delictis nõ itẽ *Vide Hartman ab Eppingen. Pract. for. tit. 50. obser. 10.* Hinc quoq; fit, ut nec infans nec furiosus, si hominẽ occiderint, hac lege teneantur, alterũ enim consilij innocentia tuetur; alterũ fati infelicitas excusat, qui satis ipso furore punitur. *l. 12. D. de sicar.* Estq; hoc generale, neq; impuberem neq; furiosum capitalem fraudẽ admittere posse. *l. 23. §. 2. D. de ædil. ed.* Et de furioso est etiam *l. 14. D. de offic. præsid. l. pen. §. ult. D. ad l. pomp. de parric.* De infantib. sive impuberib. ait Imp. Constantinus *in l. 1. C. de falsa moneta,* eorum ætatem quid videat ignorare *Vide & l. 22. D de falsis.*

Ex eadẽ ratione (quia scilicet dolus abest) fit, ut non voluntate sed casu fortuito facta cædes ab hujus legis pœna liberetur. *l. 5. C. de sicar.* Consilium enim uniuscujusque non factum puniendum est. Unde aliquando & qui hominem occidit, absolvitur; & qui non occidit condemnatur, cum scilicet occidere voluit.

voluit, sed casu aliquo perpetrare cædem non potuit, ut eleganter *Paulus lib. 5. Sent. tit. 23. ex rescripto. D. Hadriani, quod est in l. 1. §. D. Hadrianus. D. d. t.* Et in maleficijs voluntas spectatur, non exitus, ut ait idem Imp. *in l. 14. D. de sicar.* Ac refert in majoribus delictis, consultò aliquid admittatur, an casu, ut ex eod. *Imp. ait Vlp. in l. 5. §. ult. D. de pœnis.* Est enim ille §. particula quædam decisa ex rescripto Imp. Hadriani ad consultationem Egnatij Taurini, quod integrum extat *in fragm. Vett. IC. tit. 1. Hinc Cic. pro Milone*: Non exitus rerum, sed hominum cõsilia legibus vindicantur. Et Seneca *lib. 4. controv. 7.* Scelera (inquit) quamvis citra exitum subsederunt, puniuutur. Et alter Seneca *lib. 5. de benefic. cap* 14. Latro est, etiã antequàm manus inquinet, quia ad occidendũ jam armatus est: & habet spoliandi atq; interficiendi voluntatẽ. Exercetur & aperitur opere nequitia; nõ incipit. Et idẽ in libello, In sapientem non cadere injuriam: Non minus latronem esse ait, cujus telum opposita veste elusum est. Item non minus esse veneficum, à quo datum in cibo venenum est, etiamsi vim suam cibo remixtum perdidit, nec nocuit. Dando enim eum sceleri se obligasse, &c. Sic venefica fuit revera mulier illa adultera, quæ Zelotypia laboranti marito suo venenum propinavit, cumque non satis id letale fore arbitraretur, alterum addidit, quod prioris antidotum fuit. Qua de re adscribam elegantissimum Ausonij Epigramma:

Toxica Zelotypo dedit uxor mœcha marito:
Nec satis ad mortem credidit esse datum.
Miscuit argenti letalia pondera vivi:
Cogeret ut celerem vis geminata necem.
Dividat hæc si quis, faciunt discreta venenum:
Antidotum sumet, qui sociata bibet.
Ergo inter sese dum noxia pocula certant:
Cessit letalis noxa salutifera.
Protinus & vacuos alui petière recessus:
Lubrica dejectus quâ via nota cibis.
Quàm pia cura Deûm! prodest crudelior uxor:
Et, cum fata volunt, bina venena juvant.

Quid quod etiam Deus ipse animum & propositum cujusque non eventum, & facti causam, non factum respicit? Quam in sententiam non possum mihi temperare quin hîc referam insignes duas historias, quas in Commentarijs Simplicij ad Enchiridion Epicteti reperi, & latinas feci, ut potui.

Duo quidam, qui simul Delphos proficiscebantur, in latrones inciderunt. Horum altero à latronibus interfecto, alter, qui vel fuga sibi consuluerat, vel perfunctoriè opem tulerat periclitanti amico, oraculi locum ingressus est. At Deus illum repulit, his verbis:

Proripe

Proripe te templo, quoniam pollutus amico
Suppetias astans moribundo nève tulisti.

Et constabat quidem, non potuisse eum, ut maximè voluisset, ullo modo amicum morti eripere: attamen oportebat unà periclitari & commori amico, si hoc quoque auxiliantem perpeti necesse foret. Hujus igitur propositi & animi respectu Deus impurum illum judicavit ac pronuntiavit, ut qui amicum prodidisset ob nimium sui ipsius & corporis sui amorem: Quemadmodum contrà in alio quodam idem numen amplexum est voluntatem, quamvis illa optatis excidisset. Cum enim alij duo iterum in latrones incidissent, & alter à latronibus superatus ac comprehensus esset, alter projecta hasta, qua latronem ferire destinârat, ab illo aberravit, & amicum suum percussit ac peremit. Itaque cum ad locum oraculi pervenisset, non est ausus eum ingredi, quippe qui se amici cęde pollutum esse crederet. At Deus illum talibus acclamavit versibus:

Defendens quoniam tua dextra peremit amicum:
Ne metuas: minimè es pollutus sanguine cædis:
Quin etiam multò es quàm purior antè fuisti.

Si igitur hic ab amici cæde tantùm abest ut pollutus sit, ut etiam mundior, quàm antea fuerat, evaserit, ob rectæ scilicet voluntatis propositum ac studium: hinc manifestum est, tàm benefacta quàm maleficia non in actione sive opere, sed in animo & voluntate cujusque esse posita. Confer etiam Isidori Pelusiotæ *epist. 289. lib. 2.* Sed ab hac parecbasi ad rem & quasi in viam revertamur. Huc pertinet, quod vulgò rectè distinguunt inter homicidium voluntarium & casuale ex *lib. 5. Decretalium tit. 12.* Alij etiam plures constituunt species: nempe Legitimum, Casuale, Culposum, Simpliciter voluntarium, Dolosum & proditorium. De quib. VI. specieb. vide Tractatum Mathæi Gribaldi.

Observandum quoque est verbũ Assassinium, quod significat cædem proditoriam: *de quo vide Iul. Clar. lib. 5. Sent. §. Assaßinium.* Sic impunita est cædes necessariæ defensionis gratia oblata aggressori vel percussori & latroni. Paul. *lib. 5. sent. tit. 23. nu. 6. l. 2. 3. & 4. C de sicar.* Item furi nocturno, cui sine periculo tuo parcere non possis. *l. 9. D. de sicar.* vide ad hanc rem plura loca quæ annotavi supr. De Interdictis. Et quod stupratorem impunè liceat occidere, *probavi supr. ad §. præced.* Quid autem requiratur ad probationem necessariæ defensionis seu inculpatæ tutelæ, explicari solet à Doctorib. *ad l. ut vim. D. de justi. & jur.* ad quam vid. cum primis Jasonem & Marium Salomonium. Plurima quoque in suis de homicidio tractatib. hanc ad rem pertinentia habent Gribald. Zoannet. Romuleus, Jac. Novellus, Valent. Volzius, Jul. Clarus & alij: ut consilia taceã q̃ hac de re scripta sunt. Vide præ cęteris Franc. Bursat. *cons. 271. cũ 2. seqq.* Quid si dolus quidem adsit, & animo deliberato commissum sit homicidium, sed in persona erratum, ut si volens occidere Mævium, per errorem occiderit Titium quẽ Mevium esse putabat? Et quamvis de rigore juris hic talis videatur plectendus ordinaria pœna homicidij, quæ est capitis, *arg. l. 18. eum qui nocentem §. si injuria.*

D. de injur. cum alijs quæ allegat. Anton. Thessaurus Decis. 243. Tamen benignius visum est alijs, recedi hoc casu oportere ab ordinaria pœna: non quidem animo excusari occisorem, sed tamen non adeò graviter puniri debere, ac si eum, quem volebat, occidisset. *Vide d. Tessauri Decisionem.*

Deniq; dixi, [Mortis causam præstiterit.] Nihil n. interest, occidat quis, an mortis causam præbeat. *l. 15. D. de sicar.* Ideoq; & mandator cædis perinde ut homicida tenetur. *d.l.15.§.1.D.de sicar.Paul.d.lib.5.tit.23.* Idéq; est & in alio quolibet crimine. *l.5. C de accusat.* Qui enim mandat aliquid fieri, & qui per alium facit, ipse facere videtur. *l.55.D.de solution.c.qui facit.de R.I.lib.6.*

Deinde in hanc legem committunt, qui hominis occidendi causa cum telo sunt vel ambulant. *ut hic, & l.1.in pr.D.de sicar l.7.C.eod.Cic pro Milone.* Tutandæ verò salutis causa telum gerere licet. *Paul.d.lib.5.Sent.tit.23.*

Phocylides: τὸ ξίφος ἀμφιβαλοῦ μὴ πρὸς φόνον, ἀλλ' ἐς ἄμυναν.

Et Ovid.

Et latro & cautus præcingitur ense viator:
Ille sed insidias, hic sibi portat opem.

Telum ait Imp. ex commentarijs Gaij ad ll. 12. tabularum esse non modò id quod arcu mittitur, sive sagittam, sed & omne, quod manu cujusq; jacitur, ex Græco τηλοῦ vel τηλόθεν, id est, procul seu eminus, teste etiam Festo, ut Græci βέλος ἀπὸ τοῦ βάλλειν, id est, à jaciendo dicunt de plurimis rebus, v.g. de Lanceis seu hastis, frameis, sagittis seu spiculis, fundis & lapidibus: Quam ad rem citatur hic locus Xenophontis *lib. 5. de Expeditione Cyri. vide l.233. §.telum.D.de verb.sign.* unde hic locus descriptus est. Sic Virgilius: Quodcunq; repertum est rimanti, telum ira facit. Sic Paulus telorum appellatione ait accipi omnia, ex quib. saluti hominis noceri possit: nec tantùm ferrum, sed omne quod nocendi causa portatum est, *lib.5.Sent.tit.3.& 23.l.pen.D.ad l Iul.de vi pub.* Sic & arma dicuntur esse omnia tela, id est, & fustes & lapides, non solùm scuta, galeæ, gladij, hastæ, frameæ, romphææ. *§.recuperandæ. vers.armorum supr.de Interdict.l.3.§.armis.D.de vi & vi arm.l.41.D.de verb.sig.* Et armatos intelligere debemus non tantùm eos, qui tela propriè dicta habuerunt, sed etiam qui quid aliud, quod nocere potest. *l.9.D. ad l.Iul. de vi pub* Quamvis Grammatici distinguant inter arma & tela, ut illa dicta sint ab armo, id est, humero, quæ inde dependent; Tela verò quę eminus mittuntur, teste Festo. Hic tamen notand. secus esse de æquitate & secundum Statuta, ut effectus potius quam affectus consideretur & puniatur. *Paul. Castr. consil. 296.vol.2.vide & Wesenb. in paratitl.*

Tertio in legem Corneliam delinquunt, qui homines castrando faciunt spadones sive eunuchos: item qui thlibias. Nec interest, servus an liber sit, qui castratur: sponte an invitus id patiatur: libidinis an promercij causa id fiat. *l. 4. §.ult.& 2.ll.seqq.D.de sicar.Paul.lib.5 tit.23.vide & l.128.D de verb.sig.* Fuit autem tanta veterũ libido, ut omnia eunuchis replerent, qui inter viros paterentur probrum, inter fæminas facerent: impudici tàm aversi quàm adversi, ut Cato dicebat. In hoc scelus gravissimè invehitur B. Cyrillus apud Suidam in verbo Σπάδων, & Ambrosius Hexaemer. *lib.5.cap.3.* Quin & huc perventum est luxu-

riæ,

riæ, ut mulieres quoq; castrarentur & inciderentur, ut docet Joan. Brodæus in Miscellaneis *lib.5.c.3.ex Athenæo, Galeno & Strabone.* Domitianus igitur, Imp. alioquinnon optimus, hoc tamen optimè ac saluberrimè fecit, quod vetuit, nequis intra fines imperij Romani in posterum castraretur, *teste Suetonio in ejus vita, cap.7. & Martiali multis in locis,* qui hoc nomine miris laudibus & assentatoriè, ut solet, hunc dominum deumque suum effert. Ammiani Marcellini hæc sunt ea de re verba *lib.18. Domit.* licet patri fratriq; dissimilis memoriam nominis sui inexpiabili detestatione perfudit: hac tamen receptissima lege inclaruit, qua minaciter interdixerat, ne intra terminos jurisdictionis Romanæ castraret quisquā puerū. Quod ni contigisset, quis eorū ferret examina, quorum paucitas difficile toleratur? Meminit et Statius Papinianus *lib.3 Silvarum in Coma Farini.*

Nondum pulchra ducis clementia cœperat ortu
Intactos servare mares, nunc frangere sexum,
Atq; hominem mutare nefas, gavisaq; solos
Quos genuit Natura videt, nec lege sinistra
Ferre timent famula natorum pondera matres.

Accesserunt deinde SCta & Constitutiones aliorum principum, quæ circa legem Corn. facta idem prohibuerunt. Vide & Novel. de his qui eunuch. fac. Quartò, his vicini sunt, qui cum Judaicæ religionis non sint, filios suos vel servos circumcidunt. Solis namq; Judæis suos circumcidere permittitur. *l.11.D. de sicar.* Paul. *d. lib.5.tit.22.* Quintò, hac lege rei sunt incendiarij, qui consultò & dolo malo incendium alienis ædibus inferunt. *l.1.in pr. & l.10.D de sicar. l.28.§ incendiarij.D.de pœn l.9.D.de incend. ruin.naufr.* Sexto in h.l. committunt venefici, i.e. qui malū venenū hominis necandi causa pararint, vendiderint, habuerint, *ut hîc, & l.3.D.de sicar.* Dico, malū venenum, ad differentiam veneni boni. Est enim veneni vocabulam medium, sicut & doli, & alia quædam, quæ tàm in bonam quàm in malam partem usurpari solent: perinde ut medicamentum apud Latinos, apud Græcos φάρμακον. *d.l.3.§ adjectio. l.236. D. de verb.sign.l.9.D. Ad l. Aquil.l.35.§.veneni mal.D.de contr.emp l.4.D.fam.ercisc.l.7.D. de lege Pomp. de parricid.* Et quidem plus est, hominem veneno extinguere quàm gladio, ut ait Antoninus *in l.1.C.de malefic. & mathemat.* Unde etiam prohibetur, ne quis pœnæ causa veneno necetur. *l.8.§.1.D.de pœn.* sicut etiam famis & inediæ incivilis est pœna. Huc pertinent qui dant poculum abortionis aut amatorium, quod Græci φίλτρον vocant. (*Ovid.2.de Amore*: Philtra nocent animis, vimque furoris habent.) Etsi enim dolo malo non faciunt: tamen quia mali exempli res est, puniuntur pœna metalli aut relegatione in insulam, cum amissione partis bonorum, vel etiam ultimo supplicio, si quis inde perierit. *l.38.§. qui abortionis. D. de pœnis.* Areopagitæ tamen absoluerunt mulierem, quæ maritum suum philtro occiderat, *teste Arist. lib.1. magnor. moral. cap.17. Vide Coras. lib.4. misc. cap.2. n.3. & 4.* Quod autem Ovid. ait philtra nocere animis, vimque furoris habere, id exemplo quoq; suo comprobavit Caligula, quem creditum est potionatū esse à Cæsonia uxore amatorio medicamento, quod in furorem verterit: *ut testis est Suetonius in Caligula c.50.* Sic ex SC. circa hanc legem facto relegari jussa est mulier, quæ medicamentū alteri dederat ad conceptionem, nō quidē malo animo sed malo

 exemplo

exemplo & malo more *d.l.3.§.adjectio.* Hic mihi in mentem subit mirari Platonem & Aristot. qui ne liberorum in civitate multitudo fiat nimia, permittunt nonnunquam abortum ciere, quod graviter reprehendit Joan. Philoponus *in lib. contra proclum de æternitate mundi cap. 9. & Iust. Lipsius cent. Epist.* De pœna ejus, qui abortioni causam præstitit, *vide Iacob. Menoch lib. 2. cent. 4. cas. 357. Iul. Clar. li. 5. §. fin. quæst. 68.* Nota etiam exẽplum mulieris Milesię, quę Ciceronis tẽpore, cum is in Asia esset rei capitalis damnata est, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset: *ut est in Orat. pro Cluentio & 5. de ll. 7. Polit. c. pen.* de ijsdem hunc locum Minucij Felicis in Octavio. Sunt quæ in ipsis visceribus medicaminibus epotis originem futuri hominis extinguant, & parricidium faciant, antequam pariant. Ex quibus verbis dicere possis, hoc crimen abacti partus, quando ipsa mulier suis visceribus vim infert etiam ad legem Pomp. de parricid. pertinere. Sic Medicus quoque punitur, qui medicamentum dedit ad salutem vel remedium hominis, si ex eo perierit homo. *l. 6. § sicuti. D. de off. præsid. Paulus lib. 5. tit. 23. in fi.* Septimo *in h. l.* vel potius in Constitutiones circa eam factas delinquunt Magi, mathematici, Chaldæi, vates sive vaticinatores, augures, aruspices, &c. quos vulgus maleficos vocat: quibus vide *l. 5. 7. & tot. tit. C de maleficis & mathem. Paulus d. tit. 23. & tit. 21. eod. lib. 5.* Notandum, quod magi *in d. l. 7.* vocantur inimici humani generis: quæ appellatio alibi tribuitur delatoribus *in l. 10. C. Th. lib. 10. tit. 10.* Dicuntur & naturæ peregrini *in l. 8. C. de maleficis.* Huc pertinent humanarum hostiarum oblatores & immolatores. *Paul. d. lib. 5. tit. 23.* item sagæ de quib. multi prolixè scripserunt, ut Wierus, Bodinus, Godelmannus.

De pœna homicidij ait Imp. Legem Corneliam homicidas itemque veneficos & magos ultore ferro persequi: quod tamen cum illa distinctione accipiendum est, quæ traditur in *l. 3. §. pen. D. de sicar.* ut scilicet honestiores ac digniores mitius puniãtur, quàm viliores & humiliores. Sic eadem gladij pœna etiam cæteris, quos enumeravi, plerisque proposita est: quamvis quidam ex his etiam graviore, ignis scilicet, supplicio puniantur, ut incendiarij, ut magi. Quidam hodie etiam mitius, ut qui hominem castrarunt: qui non amplius capite plectuntur. Sed quia de homicidio in alijs perpetrato dictum est: quæri hîc non incommodè potest, an impunè quis seipsum interficiat? De eo copiosè dixi *sup. ad tit. Quib. non est permiss. fac. testa.* Quib. addite quæ scribit *Iac. Menochius lib. 2. de arbitr. judic. quæst. cent. 3. casu. 284. & seq. & Iul. Clar. §. fin. Pract. Crim. Q. 68. nu. 37.* De muliere verò quæ suis ipsa visceribus vim intulit, ut partum abigeret, est *l. 8. D. de sicar.* Hîc distinguendum est, an partus jam fuerit perfectus & animatus, an adhuc informis & imperfectus: Qua de re vide Wesenbec. *ad tit. D. de sicar. nu. 7.*

Quid si animal brutum occiderit hominem? vide quæ dixi *supr. ad tit. Si quadrup. paup. fec. dic.*

Ad §. Alia deinde lex.

Parricida & parricidium trib. ferè modis usurpari reperimus: primùm de quovis graviori crimine, ut sæpè apud Ciceronem 2. *de ll.* Et ita Quæsitores paricidij

parricidij in hac notione dicuntur, qui de quibuslibet criminibus gravioribus cognoscunt. *l.2.§.& quia ut diximus.D.de orig.jur.* Secundo de homicidio quolibet, ut annotat Festus. Et ita in hac veteri lege Numæ Pompilij, quam refert Fulvius Ursinus *in Notis ad A. Augustinum de ll.* Si quis hominem liberum sciens dolo malo morti duit, parricida esto. Si eum impudens seu dolo malo occidit, pro capite occisi & natis ejus endo concione arietem subicito.

Tertio parricidium in specie usurpatur de cæde parentum & liberorũ, quæ significatio sola huc pertinet. De parricidio igitur primò lex Cornelia lata fuit. *l.2.§.deinde Cornelius.D.de orig.jur.l.ult.C.Th. Ad l Corn. de fals.* Postea verò lex Pompeia, quæ illam abrogavit: ut solent posteriores leges potiores esse prioribus. *l.ult. D. de const.princip.* Et in XII. tabulis hoc carmen inter cætera fuit: Quodcunque postremum populus jusserit, id jus ratumq; esto. Unde & eleganter scribit Tertullianus *lib.de baptismo*: In omnibus posteriora rem concludere, & sequentia antecedentibus prævalere. Hoc crimen asperrimum esse ait hîc Imp. ejusque immanitatem copiosè explicat. *l.un C de his qui par.vel lib.occi.* ex Cicerone pro Sex. Roscio. Et Nicolaus Damascenus in accusatione Herodis contra Antipatrum filium gravissimè disserit *apud Iosephum lib.17. Antiquit. c.7.* Scis, parricidium non privatum esse crimen, sed publicam vitæ & naturæ injuriam: quod cogitatum etiam non minus quàm perpetratum contaminet: imò quod qui non punit, & ipse in naturam parentem est injurius, &c. Meritò igitur tanto sceleri novum & inusitatum minimeque sollenne supplicij genus excogitatum est: de quo priusquam dicamus, videndum est à quibus & in quos parricidium committatur. Committitur in patrem matrem, avum aviam, filium filiam, nepotem neptem, fratrem sororem, patruelem matruelem, patriũ avunculum, amitam materteram, consobrinum consobrinã, virum uxorẽ, generum, socrum, privignũ, privignã, patronum patronam. *ut hic, & l.1.3.& 4.D.ad l. Pomp de parricid. Paulus lib.5.sent.tit.24.* Præter has Personas si quis alios cognatos vel affines occiderit, non erit parricidium, sed simplex homicidium, ideoq; non *ad l. Pomp. de parricid. sed ad l Corn. de sicariis pertinebit, ut hic. vers. si quis autem.l.pen.§.1.D.d.t.* Breviter, In eas personas sive affectiones, id est, necessitudines patratur parricidium, quæ sibi invicem sunt parentum & liberorum loco: Quamquam hac regula non comprehenduntur fratres & sorores, patrueles, consobrini &c. quæ personæ sibi invicem parentum & liberorum loco non sunt, & tamen in his parricidium committitur. Sic P. Horatius occisa sorore parricidij accusatus est apud Duumviros, teste Festo in Sororium Tigillum.

(Ait Imp. Filij.) De filio nulla mentio est neque *in d.l.1.D.de parricid.* neq; apud Paulum. Cum enim tempore latæ legis Pompejæ adhuc salva atque integra esset patribus in liberos potestas vitæ & necis, per quam pater filium etiam inauditum & indemnatum occidere poterat, *ut sup.dict.ad tit.de patria potestate:* manifestum est, tunc in persona filijfam. parricidium à patre perpetrari non potuisse: quod postea demum est receptum, cum jam illa potestas admodum esset imminuta. *l.5.Dig. de parricid.l.ult. C.de patr.potest.* Mater autem cum non habeat liberos in potestate, etiam olim parricidium in illis committebat. *d.l.1.vers.*

sed & mater. D.d.t. Deinde parricidium etiam is committit, qui venenum emit, ut patri daret, quamvis nondum dare potuerit. *d.l.1. in fi.* Tertiò in legem Pompeiam committit, cujus dolo malo parricidium factum erit. *ut hic, & d.l.1.* Quartò hac lege reus est etiam conscius sceleris, quamvis occiso sit extraneus. *ut hic, & l.6. cum l. seq. D. de parricid.* Quamvis hic mitius puniendus videatur, *ut in d. l.2. D.d.t.* Notanda est hîc in textu veritas lectionis, quæ constituenda est *ex L. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* Inde enim ferè descriptus est hic §. Pro affinitatis, legend. affectionis. Affectio vel affectus idem est quod necessitudo, diciturq; de ipsis hominibus necessitudine junctis: ut amores nostros dicimus ipsas res amatas. Deinde pro, fata præparaverit, legend. fata properaverit. Fata alicui properare, est mortem ei accelerare. Sic enim properandi verbo activè & Virgilius & Symmachus alijq; auctores utuntur.

Porrò pœna parricidarum ex lege Pompeia eadem est quæ homicidarum *ex l. Corn. de sicariis. l.1. D. de parricid.* More verò majorum ante legem Pompeiã parricida sic puniebatur, ut culeo insutus, id est, sacco coriaceo, in mare præcipitaretur, teste Paulo *lib. 5. sent. tit. 24.* Modestino *in l. pen. D.d.t.* Huc allusit Plautus Vidularia cum inquit: Jube hunc insui culeo, atque in altum deportari, si vis bonam annonam. Meminit hujus supplicij etiam Cornificius *lib. 1. Rhetoric. ad Heren.* Hoc supplicio primus parricida Romæ affectus est Publicius Malleolus, cum matrem interemisset; teste Livio *lib. 48.* Valerius Max. auctor est, (*lib. 1. cap. 1.*) hac pœna jussu Regis Tarquinij affectum esse M. Tullium Duûmvirũ, quòd librum quendam fidei suæ concreditum, in quo secreta sacrorum civiliũ continebantur, alteri describendum dedisset corruptus pecunia, atq; ita religionem violasset: Deinde hoc supplicium parricidis multò pòst irrogatum esse lege vel potius more: quia videlicet pari animadversione & vindicta expianda sit parentum ac Deorum immortaliũ violatio. Postea addita est facinoroso in culleum insuto Simia & serpens: *unde Iuvenalis de Nerone scribit Satyr. 8.*

Cujus supplicio non debuit una parari
Simia, nec serpens unus, nec culeus unus.

Significare vult, Neronem, qui matrem suam & plures alios sanguine sibi junctos interemerit, non uno supplicio dignum esse, sed multis mortibus. *Idem Iuvenal. Satyr. 13.*

Et deducendum corio bovis in mare, cum quo
Clauditur adversis innoxia simia fatis.

Innoxiam vocat Poëta simiam, quia tametsi ipsa quoq; ex simiolis suis eum quẽ maximè amat, compressu brachiorũ & osculis enecet: tamen quia in bruta non cadit ratio neque jus neque injuria, *ut sup. dict. ad tit. Si quadrup. paup. fec. dic.* noxa caret, & proinde innoxia cum noxio homine plectitur. Sed & antequam culeo insueretur parricida, virgis sanguineis verberabatur. *ut est in l. pen. D. de parricid. vide Turneb. 8. Advers. c. 23. & Coras. Miscell. lib. 1. c. 5.* ubi nõ rectè legend. contendit sagmineis pro sanguineis.

Tanta autem frequentia parricidiorũ aliquando Romæ fuit, ut de Imp. Claudio

dio scribat Seneca *lib.1 de Clementia cap.23.* eum intra quinquennium plures insuisse culeo, quam omnibus ante seculis insuti fuerint: adeoque sæpius tunc visos esse culleos quam cruces, quibus tamen Romæ vix aliud supplicium erat frequentius, in servos præsertim & vilioris fortunæ homines. Postea sub Impp. Severo & Antonino indicat Paulus vivos exuri, aut ad bestias dari consuevisse parricidas *d.lib.5.tit.24.* Imò ad bestias diu ante ex Imp. Hadriani constitutione dabantur si mare proximũ non esset *l.pen.D de L.Pomp.de parric.* Admonet me facta mentio Hadriani ἀποφάσεων ipsius, quæ Glossariis subjectæ & editæ sunt ab H. St. inter quas extat quædam hujusmodi: Erat (inquit) lex quædam talis, ut parricidij reus publicitus in culeum immissus consueretur cum vipera & cane atq; simia & gallo gallinaceo, cum impiis animalib. impius homo: & in plaustro juncto atris bobus deportaretur in mare & projiceretur in profundũ, ubi illud de plaustro & bobus atris non facile alibi reperias. Tandem Constantinus *in d.l. un.* in usum revocavit culleum & bestias illas veteres, quibus etiam ipse quasdã addidisse videtur. Ratio hujus novæ & singularis tanquam atrocis pœnæ *est hic in libro & in d.l.un.* expressa, quæ latius (ut dictum) explicatur à *Cic. pro Sext. Roscio*, ubi & hoc memorabile est, quod de Solone refertur: Interrogatum, quare nullam in parricidas pœnam statuisset, respondisse, ideo se id prætermisisse, quod nullum mortalium tanta immanitate futurum crederet, qui vitæ lucisque auctoritatem eripere vellet. Noluisse igitur se quenquam admonere de hoc scelere, id perpetrari posse. Est etiam memorabile Areopagitarũ de parricidio mulieris Smyrneæ: quod literarum monumentis consignarunt *Val.Max.lib.8 cap.1. extremo Gell.lib.12.c.7.& Ammian.Marcell.lib.19.* Cum enim illa & maritũ & privignum suum veneno sustulisset justi doloris impatiẽtia impulsa, quod illi prius filium suum interemissent, Areopagitæ eam neq; absolvere neq; cõdemnare voluerunt: ideoq; judicium in annos centum ampliandum censuerunt. Priusquã à parricidio ad crimen falsi abeamus, illud operæ pretium est admonere: Quamvis adeo graves pœnæ, & meritò, in parricidas constituta sit; multa tamen impunita mansisse, nempe quæ à magnis principibus dominandi causa patrata sunt vel in parentes, vel in liberos, vel in fratres. Quis enim à talibus pœnas reposcat, quibus pro jure sunt vire? Ita q; ut parvi fures in nervo & compedibus, magni in auro & purpura ætatem degunt (id quod olim Cato dicebat) sic & de parvis & magnis parricidis licet nobis dicere, illos tantum ad supplicia rapi: hos impunè abire, imò & regnare. Exempla passim in historiis obvia: quorum aliqua collegit, *Ludovic.Granadens.tom.2.concion. pag.685.*

Ad §. Item Lex Cornelia de falsis.

Hæc quoq; Lex eundem cum superiore de sicariis auctorem habet, L.Corn.Sullam Dictatorem. *l.2.§.Deinde Cornelius.D.de ori.jur.* Dicitur etiam lex Cornelia de Testamentis, *ut in l.1.D.de pub judic.* Et lex Cornelia testamentaria: *ut hic, & apud Paulum lib.5.sent.tit.25.* Vide de ea apud eundem Paulum *lib.4. sent. tit.7.* Primùm enim lata fuit de falso, quod in testamento commissum esset: Postea verò per SCta & Impp. Constitutiones etiã ad alia quælibet instrumenta producta est: imò etiam ad alia falsi genera extra instrumenta, ut paulò pòst intelligetur.

Falsum

Falsum porrò definit *Paul.* quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveràtur. *d.lib.5.tit.25.* Nihilque magis contrarium est justitiæ & veritati, quæ anima est reipub. quàm falsum & mendacium, *ut Hopperus d.tit.6.lib.1.* Cum autem variis modis falsum committatur, & nihil sit in vita quotidiana frequentius: enumerandæ sunt nobis aliquot species insigniores & frequentiores, prius quàm de pœna falsi dicamus.

Primò igitur, Crimen falsi contrahunt subjectores falsorum testamentorum vel codicillorum, qui testamentarij vocantur à Cicerone pro Sestio & alibi: Id est, qui testamentum falsum scientes dolo malo scripserint, recitaverint, subjecerint, signaverint, suppresserint, celaverint, amoverint, resignaverint, deleverint: vel qui hoc fieri jusserint, faciendumvé curaverint: Item qui vivi testamentum aperuerint, *ut hic. & l.2.D.Ad l.Corn.de fals.l.8.9.14.17. & 21. C.eod. Paulus d.lib.4.tit.7.& d.lib.5.25.* Et de vivi hominis testamento est. *l.1.§ is qui aperuerit.D.de fals.l.38.§.qui vivi. D.de pœn.*

Observandum autem quod dixi, Scientes dolo malo: Idque & in seqq. speciebus semper repetendum erit. Nam qui falsum allegavit nesciens, falsi pœna non tenetur: ut ait Paulus *lib.1.Sent.tit.12.l.20.C.de fals.* Et hoc generale est in omnibus criminibus, ut dolo facta esse oporteat: & si quis doli capax non sit, ut ab eo non committantur, ut ab infante, à furioso, ut supra dictum *ad leg. Corn.de sicar.* Imò & in delictis omnibus idem est. *§.impuberem sup.de obl.quæ ex delict.nascun.*

Alterum quoque est generale, quod is qui mandat crimen, eadem pœna afficiatur cum eo qui id exequitur: Qua de re copiosè & distinctè disputat Menoch. *lib.2.de arbitr.jud quæst.cent.4.cas.355.* Illud quoque hîc observandum, non nisi in vero ac perfecto testamento falsum committi. *l.6. Dig. de fals.* NB. ejus antinomiam cum *l.3.D.de tab.exhib.* Item observandum, posse falsi testamenti accusationem etiam ab eo institui, qui pignorans pro vero id agnovit, vel hæreditatem ex eo adeundo, vel legatum accipiendo. *l.3.D.de fals.l.3. C eod.* Sed qui de falso accusavit testamentum nec obtinuit, nihil in eo sibi relictum consequi potest. *l.6.C.d.t.* Nec enim fructum quis capere debet ex eo, quod nisus est impugnare: ut ait Pontifex *in c.38. ex eo D.de R.I.lib.6.*

Secundo, Crimen falsi committitur in quovis alio instrumento: item in rationibus, in tabulis &c. *ut hic. & l.1.§.qui in tabulis. l.16.§. ult. l.23.D. de fals. Paul. d.tit.25.*

Tertiò, Crimen falsi committit, qui instrumenta litis sibi concredita vel apud se deposita, prodit adversario. *l.1.§.is qui deposita. D. de fals. l.38.§.si quis instrumentum.& §.seq.D de pœn. Paul.lib.5. Sent.tit.25.*

Quarto, Crimen falsi est adscribere sibi legatum, fideicommissum vel libertatem in alterius testamento: quod prohibitum est per SC. Libonianum: de quo multæ sunt ll. *in tit.D.de falsis:* & proprius *in C.tit. De his qui sibi adscrib. in testam.* Meminit ejus etiam Suetonius *in Nerone, cap.17.* Sed eum erroris arguit Lævinus Torrentius, quod perperam tribuat Neroni, quod adscribendum fuerat Claudio: *arg.l.15 D de fals.& l.3.C. de his qui sibi adscrib.*

Quintò

Quintò, crimen falsi committit is, qui signum adulterinum fececerit, sculpserit, expresserit, amoverit, reseraverit. *ut hic & l.30. D. de fals. Paul. d. tit. 25. lib. 5.*

Sextò falsum committitur in nummis: unde & lex Cornelia nummaria dicitur *à Cic. 3. in Verrem.* Id fit nummis vel aureis vel argenteis adulterandis, lavandis, tingendis, fingendis, conflandis, radendis, corrummpendis, vitiandis: in aurum vitij aliquid addendo, vel æs inaurando (ut Anno 1593. mense Junio consulebamur à Judicio Ratisbonensi de quodam falsario monetæ, qui non solum Joachimicos Imperiales falsa cusione formaverat, sed etiam grossos Hungaricos æneos ad LX. (quorum singuli tribus cruciferis valent) inauraverat & pro Coronatis Hungaricis sive Ducatis expenderat: quem Collegium nostrum sicut & Tubingense ad supplicium ignis damnavit.) *Paulus d. loco. l. 8. 9. & 19. D. de fals.* Huc pertinet *totus tit. C. de falsa moneta.* Vocantur autem adulteratores monetæ græco nomine paracharactæ apud Suidam, *& in l. 8. C. Th. de fals. monet.* χαράττειν enim est sculpere, formare. Unde character, forma seu figura nummo impressa, Das geprege. παρὰ autem vitium & depravationem in compositione denotat. Vocantur & adulteri solidorum. *in l. 2. C. Th. d. t.*

Septimò, His vicini sunt, qui monetam vultu principis signatam præter adulterinam reprobaverint. *Paul. d. tit. 25. l. 1. C. de vet numism. potest. lib. 11.*

Octavò, crimen falsi committit, qui ob instruendas lites vel advocationem, & ob falsum testimonium perhibendum vel verum non perhibendum pecuniam acceperit, vel dederit, vel pactus fuerit: Item qui delatorem submisit in causa pecunia: Item qui Judicem corruperit, corrumpendum vé curaverit, ut sententiam ferat vel non ferat: Item Judex ipse, qui contra sacras constitutiones contravé jus publicum sciens dolo malo pronuntiaverit: Item qui diversa testimonia duobus vel pluribus præbuerit. *l. 1. l. 9. §. ult. & l. 20. cum l. seq. l. 27. D. de fals. Paul. d. tit. 25.*

Nonò, crimen falsi est nomen suum dolo mutare in alterius fraudem & injuriam: Item genus vel parentes fingere, ut alienum quid intercipias aut possideas. Quòd si dolus & fraus absit, liber homo nomen suum vel prænomen vel cognomen impunè mutare potest, cum nominis impositio ab initio libera fuerit. *l. un. C. de mutat. nominis l. 13. D. de fals. Paul. d. tit. 25.* Et secundum hæc intelligendus est Plautus, cum ait: Injuria est falsum nomen possidere.

Decimò, crimen falsi est, uti insignibus illicitis & altioris ordinis, & militiam confingere, vel falso diplomate proficisci, quo aliquem terreas vel concutias: *ut d. l. 27. §. ult. Paul. d. loco.*

Undecimò, crimen falsi committit, qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit. *l. 21. D. de fals. Cujac. lib. 13. cap. 21. in observat.* Qui verò duobus aut pluribus eandem rem oppigneraverit, & posteriores creditores celaverit priorem obligationem, stellionatus crimen committit.

Duodecimò, qui pondera mensurásve corruperit. *l. pen. D. de fals. l. 37. D. pœn. l. 6. §. 1. & 2. D. de extraord. crimin.*

Decimotertiò, Crimen falsi committitur in partu supposito sive subjecto.

l.30.§.1.D.de falſ.l.1. & l.10.C.eod. Et quidem obſtetrix, quæ alienum partum attulerit, ut ſupponeretur, ſummo ſupplicio afficitur: *teſte Paulo lib.2. tit.24.*

Hæc genera falſi ſunt inſigniora & in communi vita frequentiora. Jam de pœna legis Corneliæ de falſis ait Imp. *ex l.1.§.ult.D.de falſ.* Eam in ſervis eſſe ultimum ſupplicium, In libero homine deportationem. Cum deportatione autem conjuncta eſſe ſolet omnium bonorum publicatio.

Sunt tamen quædam falſa, quæ gravius quoque puniuntur, ut in moneta admiſſum ſupplicio ignis. *l.2.C.de falſ.monet.* ubi etiam domus illa, in qua falſa moneta facta eſt, fiſco interdum vindicatur, ut eſt in *l.1.C.d t.de falſ.mon.* Ratio tàm atrocis ſupplicij explicatur à Jac. Menoch. *caſ.316.* Sic gravius punitur falſum in partu ſuppoſito, ut jam ante dictum. Sic etiam à Notario commiſſum falſum gravius vindicatur: Et quidem ex conſtitutione Friderici manus ei amputatur, qui inſtrumentum ſcripſerit ſuper alienatione feudi inſcio & invito domino facta. *c.imperialem.D.de probib. feudi alien. per Frideric.* De cæterarum falſi ſpecierum pœnis melius eſt ſeparatim videre loca ſupra adducta.

Ad §. Item lex Julia de vi publica.

Sicut in C. itemq; apud Paulum *d.lib.5.tit.26.* uno titulo conjunguntur vis publica & vis privata, de quibus duo diſtincti ſunt tituli in D. Ita & hîc de utraque uno §. explicatur: quæ etiam leges ambæ eundem habent auctorem C. Julium Cæſarem teſte Cicerone Philip.1. Imp. hîc vim privatam diſtinguit à publica per arma: quæ ait adhiberi in vi pub. in privata non item: Vim inquam publicam ait eſſe vim armatam; privatam quæ fiat ſine armis. Aliter Paulus, qui *d.tit.26.* docet, à quibusnàm vis vel illa vel hæc cōmittatur, & quæ utriusq; ſit pœna. Nam hîc quoque, ut & aliàs ſæpè diſtinguit inter humiliores, qui pœna capitis coërceantur ob vim publicam admiſſam: & honeſtiores, qui deportatione inſulæ: In privata ait humiliores in metallum damnari; honeſtiores in inſulam relegari, tertia parte bonorum ipſis adempta. De pœnis autem violentiæ ex Conſtitutionibus principum circa h.l. factis jam ſup. dict. *ad tit. de interdict. & ad tit. de vi bon. rapt.* unde repetantur. Quæ hîc in lib. de raptu dicuntur, ipſa quoque jam ſupra expoſita ſunt, *ad §. Item lex Iulia de adulteriis.* Et vide *l.un.C de rap. virg. ſeu viduarum, nec non ſanctimonial.* ad quam conſtitutionem ſuam Imp. ipſe nos hîc remittit. Eſt etiam in jure peculiaris quædam ſpecies violentia, quæ quis vel cogitur vel prohibetur teſtari: quod eſt crimen extraordinarium, de cujus pœna videndi DD. *ad tit.D.& C. Si quis aliquem teſtari prohib. vel coeg. & Iac. Menoch. de arbit. judic. caſ.395. Item Iul. Clar. lib.5.§.fi. quæſt.83.*

Ad §. Item lex Julia peculatus.

Peculatus eſt furtum pecuniæ publicæ, aut ſacræ, non ab eo factum, cujus periculo fuit. *l.9.§. Labeo. D. Ad l. Iul. pecul.* Comprehenditur ergo ſacrilegium ſub peculatu. *l.4. D.d.t.* Quamvis propriè loquendo differant hæc duo: qua de cauſa etiam in C. duobus titulis ſejunguntur, nam peculatus propriè cōmittitur in pecunia vel alia quapiā re publica vel fiſcali vel fiſco debita, ſi quis eam

eam attrectarit, surripuerit, mutarit, in suos usus converterit. Sacrilegium verò fit in re sacra, ut & nomen indicio est, quod à sacris legendis, id est, furandis deductum est. Legere enim antiqua lingua Latina est furari: ut apud Horatium: Et qui nocturnus sacræ Divûm legerit, in veteri Lege: Poma in alieno in armū ne legito: Item cum dicimus, sublegere alienos sermones, &c. Sunt autem res sacræ donaria, vestes, vasa, Deo & divinis usibus consecrata, ut sup. dictum *ad tit. de rer. divis.* Eleganter Seneca *lib. 7. de benefic. c. 7.* Omnia quidem Deorum esse ait, sed non omnia Diis dicata. In his observari sacrilegium, quæ religio numini adscripsit. Et mox: Injuriam sacrilegus Deo quidem non potest facere, quem extra ictum sua divinitas posuit: sed tamen punitur, quia tanquam Deo fecit. Opinio illum nostra ac sua obligat pœnæ. Deinde sacrilegium committitur in rebus religiosis, ut sepulchris, lapidibus, marmoribus monumentorum. *l. 9. D. peculatus.* Commodius est autem unamquamq; rem suo & convenienti nomine appellare & à vicinis distinguere. *§. hoc autem casu sup. Quib. mod. testam. infirm.* Huc pertinet vetus quæstio, An sacrilegium sit, si quis pecuniam vel rem aliquam privatam & profanam in æde sacra depositam subtraxerit: de qua quæstione tractant Rhetores, ut videre est apud Ciceronem *lib. 2. de Invent.* & Quintilian. *lib. 7. cap. 3.* Et quidam sanè existimarunt, esse sacrilegium: in quibus etiā Claudius Saturninus fuisse videtur *in l. 16. §. locus. D. de pœn.* Sed Imperatorum rescripto hoc negatur, & potius furti actio hoc casu competere dicitur. *l. 5. D. Ad l. Iul. pecul.* cum quo consentit Seneca *lib. 7. de benefic. c. 7.* Omnia quidem (inquit) Deorum sunt, sed non omnia Diis dicata. In his observatur sacrilegium, quæ religio numini adscripsit. Dicemus igitur, duo conjunctim requiri ad hoc, ut sacrilegium sit: primùm, ut res sit sacra, & Deo publicè ritéq, dicata: Deinde, ut ex sacro loco surrepta sit. *vide Cujac. lib. 13. obs. c. 19.* Quid si privata sacra aliquis compilaverit? Et Paulus eleganter respondet, hunc amplius quàm furem, minus quàm sacrilegum mereri: *l. 9. §. 1. D. de peculatus.* Ad eandem ferè faciem qua Petronius Arbiter dixit, Eum qui amicos lædat, paulò minus quam parricidam esse, cum latro appelletur is qui ignotos lædit. Est igitur auctore Paulo inter furem & sacrilegum medius, privatorum compilator sacrorum. Porrò cum pœnæ debeant commensurari delictis, ut vulgò dicitur: & pro modo admissi quisque puniri: constet autem, gravius esse crimen sacrilegij quàm peculatus: Pœna quoque sacrilegij gravior est quàm peculatus. Nam sacrilegij quidem pœna est, ut rei capite puniantur, vel ad bestias damnentur, vel vivi exurantur, vel furca suspendantur: quamvis interdum pœna temperanda sit, ut in metallum damnentur, vel deportentur in insulam. *l. 6. & l. 9. D. Peculat. In l. 4. §. mandatis. D. d. t.* jubentur extra ordinem digna pœna puniri. Hodie ferè rota contusi rotæ imponuntur, appositis calicibus ligneis, ut hac nota agnoscantur & publicè aliis sint terrori. Peculatus verò pœna tàm gravis non est. Olim enim tantùm erat pœna quadrupli, ut testatur Paulus *lib. 5. tit. 27. l. 6. §. ult. l. pen. D. d. t.* Postea verò introducta est aquæ & ignis interdictio: *ut hic infi. § & l. 3. D. de pecul.* Excipiuntur Judices, id est, magistratus, qui tempore administrationis suæ publicas pecunias subtraxerunt.

Hi enim capite puniuntur ex Constitutione Impp. *in l.un. Cod. de crim. peculat.* Unde & hic versic. Sed si quidem, totus ferè est descriptus. Notandum hic, primò etiam eum puniri, qui opem tulerit, sive ministerium exhibuerit ad furtum pecuniæ publicæ: Qua de re videte quæ dixi supra *ad §. interdum. D. oblig. quæ ex delic. nasc.* Iisque addite *Menoch. lib. 2. cent. 4. cas. 349.* ubi diligenter explicat, quomodo & quando puniatur is, qui opem tulit delinquenti. Secundo notandum, Receptatores quoque pecuniæ furtivæ puniri: Quia, ut ait Phocylides,

ἀμφότεροι κλῶπες, καὶ ὁ δεξάμενος, καὶ ὁ κλέψας,

id est, Ambo sunt fures, & qui furatus est, & qui rem furtivam recepit. Et sine susceptoribus fures & latrones aliique malefici diu latere non possent. Susceptoribus sublatis grassantium cupido conquiescit: ut ait Paulus, *lib. 5. tit. 3. n. 4.* Sed in recipientibus requiritur scientia. Ignorans enim, quia dolo caret, non incidit in pœnam Postremò notandum Judicium peculatus, ut & de Residuis, & de pecuniis repetundis, transire etiam adversus hæredes. *l. ult. D. pecul* Ubi & ratio additur. Et de repetundis idem ait *l. 2. D. de l. Iulia repetund. & l. 2. C. eod. l. 15. §. si propter. D. Ad SC. Turpilian.*

Ad §. Est & inter publica.

Plagium est furtum liberi hominis, vel suppressio servi alieni dolo malo facta: inde dictum, quod fiat πλαγίως, quasi dicas obliquè & fraudulenter, ut vult Suidas & Isidorus. Hoc crimen qui committunt, dicuntur plagiarij: (*qui teste Cujac. in parat. C.* & lavernæ & fraganæ.) contra quos lata est lex Fabia de plagiariis, *ut est toto tit. D. & C. Videte & Paulum lib. 5. sent. tit. 19.* Ejusque & Cicero mentionem facit pro Rabirio. Committitur primò plagium ab eo, qui liberum hominem, sciens conditionem ejus, emit vel vendidit, qui eum donavit, vel in dotem dedit, vel permutavit, vel suppressit ac celavit. *l. 1 l. 4. & l. pen. D de lege Fabia de plagiar. l. 5. & l. pen. C. eod. l. 12. C. de ingen. manumiss. l. 2. C. ubi de crim. agi oport.* Ratio cur lex pub. de eo lata sit, est, quia Reip. interest ne caput liberum subtrahatur civitati, quam liberis hominibus repleri utile est. Unde Hadrianū Imp. dixisse accepimus, Malle se Remp. liberis hominibus quàm pecuniarum accessione augeri. Dixi, Sciens, nam si emptor ignoret, criminis socius non est. *l. 10. C. d. t.* Sed obstat huic loco Apulejus *lib. 8. Metamorphos.* cujus hæc sunt verba: Quamquam enim prudens crimen Corneliæ legis incurram, si civem Rom. pro servo tibi vendidero, &c. Resp. Suspicor hoc quoque unum caput fuisse legis Corneliæ de falsis: quod & P. Colvio in Notis ad Apulei: placere video. Cujac. tamen *in Parat. C.* putat, etiam de plagiariis fuisse quandam legem Corneliam: cujus in locum novissimè successerit lex Fabia, et ex illa privatum judicium fuisse, cum ex ista sit publicum. Sed hoc nusquam lectum est. Secundò committitur plagium venditione vel donatione servi in fuga constituti. *l. 2. D. d. t. l. 6. C. eod.* Adeò ut neque dominus fugam servi sui vendere possit *d. l. 2.* Præterea suscipiendo celandoq; mancipium alienum. *l. 5. D. d. t. l. 9. C. eod.* Pœnam hujus criminis ait Imp. non semper eandem esse: sed interdum capitis, id est, gladij: interdum leviorem.

Olim

Olim autem pœna nummaria sive pecuniaria fuit, *teste Paulo, d. lib. 5.* Et ostendit hoc *lex ult. D. d. t.* Sed postea extraordinaria cœpit esse animadversio, pro modo scilicet delicti, & plerumque pœna metalli. Interdum tamen plagiarij vel gladio consumuntur, vel bestijs subijciuntur: ut videre est *in l. 7. & ult. C. d. t.* Sed hîc observandum, non statim plagij crimen committi ab eo, qui alienum servum supprimit vel fugam ei persuadet; sed sæpè esse furtum vel servi corruptelam: quæ sunt delicta privata, non crimina, de quibus publica dentur judicia. Id autem ex facto Judex statuere debet. *l. 6. D. de plagiar.*

Ad §. Sunt præterea.

Adjungit Imp. & alia quatuor crimina sive publica judicia, quæ tantùm nominat non explicat. Nos tamen & de his breviter dicamus, quid contineant, & quæ sit eorum pœna. Ergo Ambitus crimen contrahit, qui in petendis honoribus & magistratibus populi favorem & suffragia commercatur & eblanditur largitionibus & muneribus: quod Romæ antequàm Respub. unius dominatu occuparetur, erat frequentissimum. Circuibant enim candidati, & prensabant ac nominatim compellabant penè singulos: quia gaudent cognomine moles auriculæ, ut ait Horat. In hunc usum alebant servorum certum genus, quos Nomenclatores vocabant. Ii nomina singulorum civium memoriter suggerebant salutaturo domino, ut is ipsemet familiariter nosse & peculiariter curare ac diligere videretur eum, quem compellabat ac prensabat. Quamquam hoc licitum nec in crimine ambitus positum fuit, modò largitionibus abstineretur. Ac multos de ambitu causam dixisse legimus. Multæ etiam de ambitu latæ sunt leges: Sed omnibus derogatum est per legem Juliam, quæ postrema ab Augusto lata est. Cum autem postea sub Imperatoribus magistratuum creatio nō amplius ad favorem populi in comitijs & in campo, sed ad curam principis pertinere cœperit: etiam hæc lex in Urbe cessare cœpit, & in municipijs tantùm remansit, si quis ibi fortè magistratum aut sacerdotium illicitè sibi comparasset. *l. 1. D. de lege Iul. ambitus.* Et Imperatores ambitum esse voluerunt ejusdem muneris seu officij repetitionem. *l. un. C. ad l. Iul. de ambitu.*

Huc pertinet illud Platonicum dogma, Mandandos esse magistratus nō ijs qui appetunt, sed qui refugiunt eos atque aversantur: Et virum bonum non tàm sua sponte quam necessitate coactum ad Remp. accedere, ne à malis occupetur.

Pœna ambitus hodie est vel pecuniaria, nimirum C. aureorum cum infamia. *d. l. un. D. d. t.* vel deportatio in insulam *d. l. un. C. eod. tit. Paulus lib. 5. Sent. tit. 30.* Postremò hîc notandum, ea quæ de ambitu dicuntur, non malè à quibusdā accommodari ad crimen Simoniæ: *de quo vide Iul. Clarum lib. 5. Sentent. §. Simonia: & in Iure Canonico.* Est autem Simonia sacrorum & divinorum munerum & officiorum nundinatio, sic dicta à Simone Mago, qui se Spiritus Sancti Charismata pecunia comparare posse impio errore putabat: de quo est in Actis Apostolorum.

Crimen Repetundarum, vel plenius Repetundarum pecuniarum primùm ab

Manichæ. Est etiam gravissimum crimen seditionis, *de quo extat in C. tit. de seditiosis*. De extraordinarijs criminibus hîc non agimus, *de quib. videte lib 47. D. tit. 11. & 11. seqq.* Postremo de tempore intra quod hæc judicia instituenda sint, sciendum est, pleraque crimina XX. annorum præscriptione excludi. *l. 22. C. de falsis.* Tanti enim temporis lapsu præsumitur aliquis emendatus & ad meliorem frugem reversus, ut jam pœnis, (quæ ad emendationem hominum infliguntur, & non ne peccatum sit, sed ut ne peccetur) nullis opus esse videatur. Excipitur adulteriũ, quod citius præscribitur. Nam post quinquennium nemo adulterij accusari potest. *l. 28. C. de adult. l. 31. D. eod. t.* Item crimen peculatus post quinquennium intentari non potest. *l. 7. D. peculat.*

Contrà sunt alia, quorum accusatio perpetua est, ut sacrilegium.

Quia verò in hoc tractatu sæpè facta est mentio Pœnarum, notandum est de fine & usu pœnarum, eas propter exemplum & in emendationem hominum constitui, ut cæteri à maleficijs deterreantur. *l. 6. §. 1. l. 16. §. ult. l. 20. D. de pœn. l. 7. C. de plagiar. l. 31. D. depositi l. 6. in fi. D. de custod. reorum l. 1. C. Repetund.* Quo & illud vetus accommodari potest, τὰ παθήματα μαθήματα. Sic Cyprianus ait in Sermone de Lapsis: Plectuntur quidam, quo cæteri corrigantur. Exempla sunt omnium, tormenta paucorum. Idem testatur Seneca *in lib. 6. de Ira, ex Platone*. Et hinc est quod vulgò dicitur: Grassantibus nimium multis personis exemplo opus esse: ideoq; supplicia maleficiorum exacerbari debere. *d. l. 16. in fi. D. de pœn. Paul. lib. 5. Sent. tit. 3.*

Pœnæ igitur præstant, ut in hac civili societate & ea conjunctione, quam inter nos natura constituit *l. 3. D. de Iust. & Iur.* pacate atque tranquille sine maleficio vivamus in omni pietate & honestate 1. *Timot.* 2. Ideo enim Magistratus constitutus est, ut sit legum custos, quarum sanctio sine executione nihil nisi inane terriculamentum esset. Nec sine causa gladium Magistratus gestat, sed ad vindictam malorum *Paul. Rom. 13.* Et hoc est quod Solon dicebat: Remp. non minus pœnis quam præmijs contineri. Quod Apophtegma Vlp. allusit cum hæc scriberet *in l. 1. D. de I. & I.* Juris & Justitiæ sacerdotes cupere bonos efficere & metu pœnarum & præmiorum exhortatione. Et alibi dicitur, Reip. interesse ne maleficia seu admissa maneant impunita *l. 51. ita vulneratus. D. Ad L. Aquil. 9. §. quod illicite. D. de public. & Vestigal. l. Stichum. 95. §. 1. D. de solut.* Imo magna ratio suadet, pœnas ob maleficia solui *l. 70. si à reo §. ult. D.* de fidejuss. Magna ratio, id est, naturalis ratio, ut ex Virg. Georgic. exponit Collega meus, Scipio Gentilis in parregis.

Quamquam autem, ita ut dixi, Reip. interest, ne maleficia maneant impunita, magnaque ratio suadet, pœnas ob ea solui: tamen & hæc longè humanissima sententia de pœnis observanda est in re obscura, quam ex rescripto quodam D. Trajani retulit Vlpianus *in l. 5. absentem. D. de pœnis*. Satius esse impunitũ relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare. Quod hausisse videtur Opt. Princeps ex vetustiss. Oratore Antiphonte: εἰ δέοι τι ἁμαρτεῖν, τὸ ἀδίκως ἀπολῦσαι ὁσιώτερον, ἢ τὸ ἀδίκως ἀπολέσαι. τὸ μὲν γὰρ ἁμάρτημά ἐστι, τὸ δὲ ἀδίκως ἀποκτεῖναι ἀσέβημα.

Congruit

quam hæreditas adeatur: *Qua de re vid. tit. D. de SC. Silaniano, &c. Paulum lib. 3. Sent. tit. 5.*

Tertiò frater in fratris caput torqueri non debet: & generaliter in quem quis invitus testimonium dicere non cogitur (de his personis *vid. l. 6 parentes. C. de testib. Paul. lib. 7. Sent. tit. 15.*) in eum nec torqueri debet. *l. 1. §. 10. nec fratrem. D. de quæst.*

Quartò, prægnantes mulieres prohibentur torqueri priusquam peperint. *l. 3. D. de pœn. Paul. li. 1. tit. 12. §. 5.* ne scilicet calamitas matris noceat ei qui est in utero, contra humanissimam sententiam, de qua dixi *sup. ad tit. de ingenu.*

Quintò, quibusdam propter dignitatem ordinis sui hoc privilegium est tributum, ne torqueantur, ut sunt milites, decuriones, & alij. *l. 8. l. 11. l. 16. & l. 17. C. de quæst.* Sed in causa majestatis nulla dignitas à tormentis excusat, *ut sup. dictum ad §. publica autem judicia hæc sunt h. t.*

Sextò, Qui de se confessus est, in aliorum caput interrogandus vel torquendus non est *l. 16. §. 1. D. de Quæst. Paul. lib. 1. Sent. tit. 12. §. 7.* ubi & ratio redditur *c. ult. 15. q. 3.* ubi excipitur crimen majestatis.

Sic Septimò non facilè credendum est latroni, qui in societatem sceleris vocat eum, à quo apprehensus, traditus, custoditusq; est. *l. 1. §. 26. cum quis latrones. D. de quæst. l. 4. C. eod. Paul. d. lib. 5. tit. 16.*

Sic Octavò, inimicorum quæstioni fides habi non debet, quia facilè mentiuntur. *d. l. 1. §. 24. præterea. D. de quæst.*

Nonò, In causa liberali non debet torqueri is de cujus statu quæritur. *l. 10. §. ult. D. d. t.*

Decimò torqueri non debet, qui in insulam deportatus est. *l. 9. §. pen. D. d. t.* Postremò ad locum hunc de personis notanda est differentia inter servos & liberos homines. Soli enim servi in alterius caput torquentur: liberi in suum; non etiam in alterius. Cujac. ad Paul. *lib. 5. tit. 16.*

Adhiberi autem possunt tormenta & quæstiones in causis criminalib. *l. 1. in p. D. de quæst. Paul. lib. 5. tit. 14.* Non igitur in re pecuniaria, *teste eod. Paul. d. li. 5. tit. 15.* Qua tamen de re vide distinctius *in l. 9. in p. D. de Quæst. l. 15. C. eod.*

Neq; verò statim à tormentis incipiendum est; sed argumentis primùm versimilibus probabilibusque utendum, quæ suppeditabunt Rhetores in statu conjecturali. Oportet inquam reum indicijs quibusdam urgeri, antequã ad tormenta veniatur. *d. l. 1. in p. l. 18. §. 2. D. de quæst. l. 8. §. 1. C eod.* Quæ autẽ sint idonea & sufficientia ad torturã indicia, copiosè ab alijs explicatum est. Modus & forma quæstionũ est in arbitrio judicis, qui non secundũ accusatoris postulationem eas instituet (ejus n. fortè crudelitas posset esse inexplebilis) sed secundũ moderatæ rationis temperamenta, ut tortus vel innocentiæ vel suplicio salvus sit. *l. 7. & l. 10. §. tormenta. D. de Quæst.* Pleriq; n. dum torquentur, deficere solent. *l. 8. §. nec ea quidẽ. D. de pœn.* Ad formam & ordinẽ hoc quoq; pertinet, ut si plures ejusdẽ facinoris arguantur, incipiatur à suspectissimo, & ab eo qui timidior est, vel teneræ ætatis, modo 14. ann. excesserit: breviter, à quo facilimè verum scire posse judex crediderit. *l. 1. §. 2. l. 18. in p. D. de Quæst. Paul. lib. 5. Sent. tit. 14.* Item hoc, ne specia-

liter quis interrogetur, ut An L. Titius homicidium fecerit (hoc enim magis suggerentis quam requirentis esse videretur) sed generaliter, Quis homicidium fecerit. *d.l.1.§.21. qui quæstion. D. de quæstion.*

Nec semel tantùm quis torqueri, sed etiam in quæstionem repeti potest si evidentiorib. argumentis & indicijs urgeatur & pprimatur. *l.16. & l.18.§.1. D de quæst.* Sunt enim quidam mira in perferendis tormentorum cruciatib. constantia, vel potius pertinacia, qui animum corpusq; ita durarunt, ut nullo modo, nullis fidiculis veritas eis exprimi possit. *l.1.§. 23. quæstioni. D. de quæst. Paul. lib 5. tit.14.* Ubi exempla quædam ex historicis annotavi. Alij contrà nimis sunt molles, & tanta impatientia, ut quidvis mentiri, quàm tormenta perpeti malint. Unde fit, ut quæstio res sit admodum fragilis & periculosa, quæ veritatem sæpè fallat, ut eleganter *Vlp. d §.23. quæstioni.* Quo facit, quod de jurejurando ait idem *Vlp. in l.8. in pr. D. de condic. instit.* Nonnullos homines faciles esse ad jurandum contemptu religionis; alios perquam timidos metu divini numinis, usque ad superstitionem

Ideoque Rhetores non minus multa contra quæstiones quàm pro quæstionib. contra jusjurandum quam pro jurejurando afferre solent: ut videre licet apud Arist. *lib.1. Rhet in fi. Ciceron. lib.2 de Invent. Cornif. lib.2 ad Herenn. Quintilian. lib.5. in pr.* Et Josephus *lib.17. Antiquit. Iudaic. c.7.* Quæstionib. ita nos fidem abrogare posse scribit, quod per eas necessitas exprimatur loquendi ad tortoris gratiam. Quid si quis ultrò fateatur de maleficio à se admisso? Resp. fides ei non est adhibenda: nec perire volens, cum sit innocens audiendus. *d. l. 1. §.27. si quis ultrò. D de quæst.* Hinc fluxit mos judiciorum sanè laudabilis, ut nudæ confessioni alicujus non stetur, sed mittatur exploratum, an ita se res habeat, ut confessio sonat.

Hæc de Quæstionibus isto loco quasi appendicem quandam adjungere placuit. Plura qui desiderat, is Commentaria & Tractatus, qui ea de re extant, consulat: *in primis Ioannis Zangeri de tormentis nuper editum Tractatum: Et solet cujusdam incerti vet. autoris Tractatus conjungi cum Ioan. Fabri Breviario Vid. etiam Nic. Vigelium lib.1. Method. jur. controversi. Codicis.*

Ad §. ult. Sed de pub. judicijs.

Gustus emptorem vocat & invitat, *ut ait Euripides. Cyclope.* Itaque Imp. gustu quodam publicorum judiciorum nobis præbito, quasi sitientes & avidos plura de his cognoscendi nos dimittit ad latiores Pand. libros: Ex quo fonte uberius & copiosius hauriamus ea, quæ hîc summo tantum digito & quasi per indicem tacta sunt. De hac proverbiali formula, Per indicem aliquid exponere; *vid. Cujac. lib.5. obs. cap.25.* Sic toto hoc opere Institutionum, quod jam interpretatione nostra peragravimus, non exacta neque perfecta Juris scientia, sed tantùm elementaria quædam doctrina continetur, & prima quasi legum cunabula: Quæ causa est, cur passim nos Imp. ad pleniora Pandectarum volumina, & Codicis sui constitutiones remiserit. Hæc tamen ipsa elementa, qualia qualia sint, qui rectè atque ordine & integre cognoverit, quique in his civilis & legitimæ scientiæ

ſcientiæ primis cunabulis benè enutritus atque alitus fuerit, is ad totius Jurisprudentiæ ſtudium, quod non niſi cum vita hominis terminari debet, maximo adjumento & quaſi viatico luculenta inſtructus erit, ad id quod reſtat itineris feliciter conficiendum.

Habetis à me, Auditores optimi, mediocri diligentia expoſitas Inſtitutiones Juris: à quibus bono cum omine & voto ad altiores Scholas ac prælectiones vos dimitto. Ite felices, Ite: Et in tota ſtudiorum ratione ſic vos gerite, nihil ut actum creditatis, dum quid addendum ſupereſt, ut Imperatoris noſtri verbis utar *ex l. pen. C. de his quib. ut indign.* Ac ut Caroli V. Juſtiniano nequaquã inferioris Imp. ſymbolum erat: PLUS ULTRA.

Interdum etiam ad hæc veſtra cunabula gratis animis reſpicietis, ut ſolemus ultimam pueritiæ memoriam libenter ac jucundè recordari. Nam & qui ſolidiore jam cibo paſcuntur, non tamen lactis teneritudinem omninò aſpernantur.

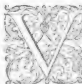
Fieri etiam non poteſt, ut omnia hæc ſemel tantùm audita aut lecta ab adoleſcente vel ſatis intelligantur, vel animo inhæreant. Non patitur hoc ætatis ratio, non fert judicii imbecillitas, non ſinit rerum humanarum, quarum eſt infinita varietas, ἀπειρία, non admittit rerum hîc traditarum amplitudo & difficultas.

Ruminatione igitur vobis opus erit, per quam hæc Juris initia vobis quàm familiariſſima reddatis atque in ſuccum & ſanguinem, quod dicitur, convertatis. Laudavi vobis in hanc ſententiam aliàs quoq; ἀπομνημόνευμα quoddam Epicteti Philoſophi Stoici: quod hîc quoque repetam: Εἰδέναι χρὴ, ὅτι οὐ ῥᾴδιον δόγμα παραγίνεται ἀνθρώπῳ, ἐὰν μὴ καθ' ἑκάστην ἡμέραν τὰ αὐτὰ καὶ λέγῃ τις, καὶ ἀκούῃ, καὶ ἅμα χρῷτο πρὸς τὸν βίον.

Noſſe, inquit, debemus, quod non facilè doctrina aliqua hominis animo inoleſcat, niſi quis eadem ſubinde tractet commentando, auſcultando & ad uſum vitæ transferendo. Cui ſimiliter Auſonius in Epigrammate de Demoſthene: Quæ noſti, meditando velis inoleſcere menti. Quam in ſentent. luculenta extat comparatio D. Chryſoſtomi *homil. 3. in 2. ad Theſſal.* Quemadmodum apud agricolas fit, ut ſemel quidem proijciantur ſemina, non autẽ perpetuò maneant, ſed magna opus habeant cultura & cura adeoq; niſi terra proſciſſa contexerint, ſemina projecta avibus ea legentibus ſparſiſſe videntur: Ita nos quoque niſi aſſiduâ memoriâ recoluerimus quę animo commiſſa ſunt, in aërem omnia projecerimus. Atque ita his præſtantiſſimorum auctorum dictis velut gemmis Scholas iſtas obſignabo.

COLLATIO ACTIONUM FORENSIVM ATTICARVM ET ROmanarum præcipuarum.

Forenses actiones Iurisconsultis sunt civiles. l. 1. D. de incend. rui. naufr. &c. Et ad forum remis tere est, ad judicium privatum & civile, sive ad examinationē civilem. Phil. tamen hic nō tantùm civiles & privatas actiones sed & publica judicia persequitur. C. R.



TILIS est Actionum veterum in laudatis civitatibus consideratio. Nam illæ civitates, quæ non tantùm pacis, sed etiam disciplinæ causa leges tulerunt, & actiones & pœnas instituerunt, in ipsis Actionib. doctrinam virtutum bono consilio & ordine complexæ sunt. Sic igitur legantur Atticæ & Romanæ actiones tanquam doctrina de virtute, sumpta ex lege naturæ seu à primorum Patrum doctrina. Multumq; valebant hæ leges ad regendos mores, quia pœnæ erant additæ: quarum metus coërceret mediocria ingenia, & ad virtutem flect.t. Hæc de Actionib. præmonere volui, ut sciant studiosi, eas non tantùm esse formulas litigantium, sed virtutis doctrinam à Deo traditam & Philosophiam. Sequemur autem in earum recitatione Decalogum.

PRIMA TABULA DECALOGI.

I. *Accusatio.*

ROmani non habuerunt nomen actionis aut accusationis, qua sermones impij accusarentur: Sed Attici habuerunt, & nominant hanc accusationē ἔγκλημα ἀσεβείας. Sic accusati & condemnati sunt Anaxagoras & Diagoras Melius, quòd opiniones Athenis receptas de Dijs reprehendebant: & quidē interfectori Diagoræ civitas mercedem de publico promisit talentum: duo verò talenta ei, qui vivum attraxisset. Nunc convenit in Ecclesia ad hanc accusationem accusatio hæresews.

ADDITIO C. R. Sic Alcibiades impietatis accusatus est Athenis, q. Mysteria domi suę p minum egisset: damnatusq́, est capitis absens, & bonis publicatis devotus per Eumolpidas sacerdotes: cujus devotionis exemplum in pila lapidea in publico posita incisum fuit, quò testatior esset ejus memoria.

II. *Accusatio*

Quia à primo præcepto exorsi sumus, ac de criminè impietatis diximus, proximè adjungam crimen sacrilegij. Id Attici vocarunt δίκη ἱεροσυλίας. Hoc judicium nomen habebat in utraq; civitate. Accusabantur autē qui vel res consecratas ex templis rapuerant, vel qui loca cōsecrata vastaverant, aut mutaverant in profana, vel qui ex templis rapuerant supplices. Exempla in historijs passim obvia sunt. Sæpè magna bella ꝑpter hos casus orta sunt. Lacedæmonij supplices Messenios rapuerunt ex tēplo. Ideo postea secutus dicitur terræ motus, & bellū inter Spartanos & mancipia. Itē ꝑpter lucū violatū Pericles movit bellū exitiosū toti Græciæ. Item propter Delphicū tēplum spoliatum Phocenses dissipati sunt, & duces

& duces qui fuerant hortatores sacrilegij, variis modis perierunt. Philomelus de rupe præcipitem se dejecit in fuga. Onomarchus successor ejus à suis militibus confossus est. Phaillus cum somniasset se similem esse statuæ Hippocratis in Delphis, brevi pòst phthisi interiit. Nam in Delphis statua fuit Hippocratis similis corpori tabefacto, in quo consumpta carne lineamenta ossium tenui cute vestita comparent. Hæc sunt apud Pausaniam in Phocaicis.

SECUNDA TABULA DECALOGI.

QUARTUM PRÆCEPTUM:

Honora Patrem & matrem, &c.

III. Accusatio.

SEcundæ tabulæ præcipuum scelus est crimen læsæ majestatis: cum videlicet aut persona magistratus, aut ipsa functio contumelia afficitur: cum seditio movetur ad evertendam imperij formam, aut cum proditiones fiunt, aut transitiones ad hostes, aut alia scelera horum similia, quibus labefactatur forma imperij: ut Romæ Manlius propter crimen læsæ majestatis damnatus est. Et Veturius Senator damnatus est propter crimen læsæ majestatis, quia tribuno plebis transeunti de foro nō cessit de via, ut narrat Plutarchus in vita Gracchorum. Etsi autem Attici quibusdam speciebus peculiares appellationes attribuerunt: tamen commune nomen habent, videlicet εἰσαγγελίαν, quo complectuntur omnia delicta, quæ inter crimina læsæ majestatis recensentur. Et peculiare est in εἰσαγγελίᾳ: In cæteris accusatur non convincens reum fit infamis tanquam calumniator: At in hac non fit infamis: quia existimatur hæc accusatio munimentum esse publicæ tranquillitatis.

IV.

Apud Latinos Proditio ad crimen læsæ majestatis pertinet. Græci peculiarem accusationem fecerunt, ac nominant δίκην προδοσίας.

ADDITIO. C. R. Hoc crimine Phrynichus Athenis etiam mortuus damnatus perinde, ut apud Romanos perduellionis crimen ne morte quidem extinguitur, sed potest rei memoria damnari.

V.

Apud Latinos ad crimen læsæ majestatis pertinet, pecuniâ ab hostibus conductum esse. Græci peculiarum accusationem fecerunt, & nominant δίκην δωροδοκίας. Hoc judicio accusatus est Athenis Timagoras, qui cum Pelopida ad regem Persarum legatus missus dona accepit, nec cum collega in eodem hospitio fuit. Propter has causas domi à civibus re judicata interfectus est, ut scribunt Xenophon & Plutarchus in vita Pelopidæ: & recenset plura exempla Demosthenes in oratione de perfidia Æschinis in legatione.

δωροδοκία est etiam crimen judicum sordibus aut pecunia corruptorum: quæ punitur apud Rom. lege Iulia repetundarum.

VI.

Apud Latinos deserens exercitum, item fugiens ex acie accusatur judicio læsæ majestatis. Apud Græcos peculiares appellationes sunt: γραφὴ λειποταξίου & λειποστρατίου: & sunt similia nomina à navibus facta.

Ad hoc præceptum referri posse videntur etiam eæ actiones, quæ apud Romanos præjudiciales sive præjudicia vocantur: quibus scil. de statu hominis quæritur, liber an servus sit, libertus an ingenuus, filiusfam. necne sit, Harum prima respondebat Athenis δίκη δουλείας. *Addiderunt Attici etiam quartam,* δίκη ξενίας: *qua quæritur, civis an peregrinus quis sit.* Ἐξαιρεῖσθαι εἰς ἐλευθερίαν *est in libertatem asserere vel vindicare. Porrò ad tit. de agnosc. & al. lib. pertinet mos Græcorum, qui solebant* εἰς τοὺς γεννήτας καὶ φράτορας εἰσάγειν τὰ βρέφη.

QUINTUM PRÆCEPTUM:
Non occides.

VII. Accusatio.

IUdicia de cæde, quæ nunc comprehenduntur lege Cornelia de sicariis, diversa erant Athenis, & curiæ Judicum diversæ. (ἀνδροφονία hæc est Græcis, ut & Aristot. 5. Ethic.) De cæde ex insidiis facta, & de incendiis judicabant Areopagitæ hoc ordine. Primùm oportuit dari juramentum calumniæ. Postea rem narrare sine prooemiis & sine affectibus. Deinde produci testes. Nec licebat judicibus colloqui, sed calculis latæ sunt sententiæ juxta leges. Condemnatus autem reus afficiebatur capitali supplicio. Narrantur autem duo insignia judicia Deorum in Areopago facta: in quorum altero Orestes absolutus est, quamquam matrem consultò interfecerat: In altero Mars absolutus est, qui stupratorem filiæ interfecerat filium Neptuni Halirrothoum. Quæ exempla recitat antiquitas, ut ostendat, ἐπιεικείας ex probabili causa sumendas esse.

De cæde non facta ex insidiis, sed defensionis causa, judicabatur in alio loco, scilicet Delphinio, & ab aliis judicibus: ac ostensa necessitate defensionis reus absolvebatur, ita, ut maneret civis, & omnia ornamenta civis retineret. Ibi Theseus causam dixit & absolutus est, cum interfecisset Pallantidas, qui fuerant eum invasuri, & regnum erepturi. De cæde non facta defensionis causa sed fortuita, judicabatur etiam in alio loco, in Palludio: Et pœna erat fortuitæ cædis exilium, sicut ex multis veteribus exemplis constat. Telamon, quia in ludo Phocum fratrem occiderat, Patroclus, quia in ludo occiderat Clisonymũ, exulant, & Adrastus apud Herodotum. Ac consideratione dignũ est, quod necessitati major venia data est quàm fortuito casui, in quo aliqua negligẽtia accedit.

VIII.

Apud Latinos injuriarum actio una & atroces & leves injurias continet: & complectitur convicia, verberationes & signa contumeliosa, & discernitur ab accusatione de vi privata. At apud Atticos diversæ sunt actiones; γραφὴ ὕβρεως

dicitur

dicitur accusatio de vi privata, vel de Injuria atroci, & pœna erat universaliter infamia. Interdum erat etiam capitalis pœna, ut expressè ait Lysias. Hi qui accusantur judicio verberationis, pecunia mulctantur: Eos verò qui condemnati sunt ὕβρεως etiam capitali pœna affici licet, ut in vi privata. Vicina est συκοφαντίας, cum accusabatur is, qui antea falsò accusaverat, aut falsum crimen de aliquo sparserat, aut falsum commiserat, quod Latini lege Cornelia de falsis comprehendebant: Et pœna erat infamia. Convenit Latina actio contra calumniatorem ex SC. Turpiliano, & accusatio, quæ ex lege Cornelia instituitur. Deinde aliæ tres sunt mitiores actiones, quæ vocantur civiles, & ut Græci loquuntur, privatæ: Δίκη αἰκίας, cum fit verberatio non atrox, & non coacta turbâ: & pœna erat pecuniaria, δίκη κακηγορίας erat levium conviciorũ, quæ etiamsi vera essent, non afferrent infamiam: & erat pœna arbitraria sine infamia. Latina lex est durior, quæ ait: condemnatum in actione injuriarum infamem esse. Tertia species non pertinet huc, sed ad præceptum, Non furaberis: δίκη βλάβης ubi tantùm petitur, ut damnum sarciatur. Hæc actio convenit tota ad legem Aquiliam. *Adde δίκην βλάβης τῶν τετραπόδων, quam constituit Solon: Eumq; imitati Decemviri in XII. tabulas actionem de pauperie quadrupedis retulerunt.* Hic autem quæri potest. An qui vera crimina de alio dicit, puniendus sit? Respondet lex, non esse puniendum. Verba legis hæc sunt: Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportet & expedit. *l. 18. D. de injur.* Hoc in Ecclesia concionatores sciant: quibus non solùm cum crimina manifesta sunt, objurgare reos licet, sed etiam cum fama probabilis, rei nondum prorsus manifestæ aliquem accusat, taxare eum concessum est, ita, ut ad purgationem, id est, ad famam refutandam eum adigant, aut certè ad emendationem. Et tales reprehensiones quæ fiunt ex officio, non sunt injustæ: ac præsertim Ecclesiæ interest, nō solùm culpam cavere, sed etiam malam speciem & famam, quæ præbet occasionem condemnandæ Ecclesiæ & doctrinæ Ecclesiasticæ. Et rectè dictum est: Bona conscientia mihi mea causa opus est; sed bona fama opus est propter proximum. *1. Thess. 5. Vers. 22. B. Augustinus.*

SEXTUM PRÆCEPTUM:
Non mœchaberis:

IX. Accusatio.

Accusatio adulterij apud Romanos lege Julia describitur. Græcè vocatur δίκη μοιχείας. Et pœna veteribus legibus Atheniensium cujuscunq; adulterij fuit capitale supplicium, ut scribit Pausanias. Postea lege Solonis, qui per vim corrumpebat alterius uxorem, non afficiebatur capitali supplicio, sed notabatur infamia, & puniebatur laceratis natibus. Ille verò qui persuadēdo sine vi corruperat alterius uxorem, capitali supplicio afficiebatur: ut clarè recitat Lysias, & rationem addit: Quia persuasor & mentem & corpus corrūpit. ADDITIO C. R. Nota: quantopere hic discrepent Jura Roman. & Græcorum: quorum illi gravius animadvertunt in violentum stupratorem: hi levius.

X. Leno-

X.

Lenocinij accuſatio apud Græcos vocabatur δίκη προαγωγίας, cum pater filium aut filiam, aut alius quiſpiam adoleſcentem aut puellam proſtituit: Et pœna erat capitale ſupplicium, ut ipſam legem recitat Æſchines contra Timarchum. Romana lex de Lenocinio minus habet ſeveritatis.

XI.

Vid. Budæ. Commentar. 78.

Δίκη δοκιμασίας. Latini unum nomen non habent. Sed erat & honeſta & inſignis cenſura morum apud Atticos. Nam hæc accuſatio inſtituebatur adverſus eos, qui polluebant ſe nefariis libidinibus cum natura pugnantibus: Item contra deſertorem: Item contra eos, qui parentes malè tractabant. Ac pœna ſtupratoris erat capitale ſupplicium: Sed alterius perſonæ pœna erat infamia: ne magiſtratus gereret, ne ſacerdotio fungeretur, nevè admitteretur ad dicendum publicè, aut ad ullos honeſtos congreſſus. Exempla hujus accuſationis exſtant, oratio Æſchinis contra Timarchum, & oratio Demoſthenis contra Androtionem. Ac ſcribunt aliqui, Timarchum ante judicij diem ſibi mortem conſciviſſe.

XII.

Actio divortij, Græcè δίκη ἀποπομπῆς, apud illam ſeveriorem antiquitatem haud dubiè fuit actio, qua cauſæ divortij apud Judicem exponebantur, & petebatur, ut perſona læſa pronuntiaretur libera. Hunc fuiſſe morem, ex Alcibiadis hiſtoria apparet, quam recitant Lyſias & Plutarchus. Cum enim uxor Alcibiadis offenſa vagis libidinibus mariti diſceſſiſſet ad fratrem factura divortium, petivit Alcibiades, ut libellum repudij apud Magiſtratum exhiberet non per amicos, ſed per ſeipſam. Cumque mulier in judicium veniſſet, Alcibiades cum aliquot amicis veniens vi eam reduxit in ſuam domum. Poſtea igitur apud eum, donec ipſa vixit, manſit. Ita initio arbitror non eſſe facta divortia ſine cognitione, ut poſtea Romani fecerunt, & nunc faciunt Turci. Nec opinor ex qualibet cauſa conceſſa eſſe divortia. Judæos quoque exiſtimo abuſos eſſe lege Moyſis, cum ex qualibet cauſa fecerunt divortia. Cæterùm hoc in Græcis & Romanis Legibus congruit: cum fiebat divortium propter delictum mulieris, dos manebat apud virum: Cum verò fiebat divortium non propter delictum mulieris, ut ſæpè accidit, dos ſequebatur mulierem: ut verba legis expreſsè recitat Demoſthenes contrà Neæram. Congruebat ſeverior illa antiquitas & hac in re cum lege Moyſis. Sicut Moyſes vetuit dimiſſam rurſus duci à dimittente: Ita Græcæ & Romanæ leges vetuerunt dimiſſam rurſus duci. Ut Catoni probri vice objectum eſt, quod Martiam Hortenſio mortuo rurſus duxit: cui petenti eam liberorum procreandorum cauſa antea conceſſerat. Sed poſtea leges Romanæ cum diſciplina fuit perturbatior, conceſſerunt rurſus duci dimiſſas. Multum enim vitij fuit in legibus ethnicis (ut nunc quoq; in Turcicis) quæ de conjugio receptæ fuerunt: & calamitates publicas omnibus temporibus vagæ libidines multipliciter cumularunt.

XIII.

Actio contra cœlibem: quæ vocabatur δίκη ἀγαμίου. Nunc in Romano jure cœlibatus pœnam nullam habet, nec actio datur adversus cœlibem. Sed olim Romanis legibus, quarum titulus erat de maritandis ordinibus, erat pœna: Ne cœlibes ad magistratus admitterentur, &c.

Vid. tit. C. De infirm. pœn. cælib. & Festum in uxoriũ, ibique Ios. Scal.

XIV.

In hoc præcepto recitabo & accusationem ἀργίας, id est, otij, quæ instituebatur contra cives, qui non exercebant agriculturam aut artem certam: Et veteribus legibus à Dracone latis pœna erat infamia, si quis semel ac primùm damnatus erat de otio. Postea Solon ita mitigavit, ut infamis esset tertio damnatus. Volebat enim prioribus judiciis commonefactum instituere postea certas operas. Quod si non faciebat, apparebant deinde contumacia, petulantia, & malitiosè confirmata ignavia, & contemptus legum, quæ sunt digna graviore pœna. Huic accusationi Latina nulla respondet, cum quidem ad disciplinam utilissimum sit prohibere ignavum otium, quia verum est dictum illud Catonis: Nihil agendo discunt homines mala agere. Et inopia multos hortatur ut confugiant ad malas artes.

Commodius videtur referri ad VII. præceptum.

Apud Aegyptios quoque & Persas, hæc accusatio fuit constituta ab Amaside rege, teste Herodoto. Vide Bud. 4. de asse.

SEPTIMUM PRÆCEPTUM,

Non furtum facies.

XV. Accusatio.

Alia furta publica sunt, adversus quæ accusatio ex lege Julia instituitur, quæ vocatur accusatio Peculatus. Græcè φάσις dicebatur, id est, indicatio seu delatio: quæ multa complectitur: accusationem eorum qui ærarium defraudant, aut injustè occupant fundos aut reditus publicos, aut monetam adulterant: quod apud Romanos ad crimen falsi pertinet.

XVI.

Latini duas habent vicinas actiones: Actionem mandati, & Actionem negotiorum gestorum, quarum altera adversus eum datur, qui mandata negotia non rectè administravit: Altera adversus illum, qui spontè suscepta. Has complectuntur Attici una appellatione, & vocant εὐθύνας. Verùm hac actione Græci usi sunt non tantùm in civilibus causis in petenda ratione de tractata pecunia, aut fundi administratione, sed etiam in publicis criminibus: ut cum Magistratus perfuncti officio vocabantur in judicium, cum aliquando contra leges fecissent, aut cum legationum perfidia accusabatur: ut Demosthenes accusat Æschinem, quod multa perfidiosé in legatione fecerit. Est autem erudita actio, muniens duas virtutes maximè necessarias in omni administratione, scilicet fidem in negotiis susceptis, & diligentiam; de quibus ambabus dicit Paulus: De cætero hoc requiritur in dispensatoribus, ut fidelis quis inveniatur.

1. Cor. 4. vers. 2.

catur δίκη βεβαιώσεως. id est, emptionis non labefactandæ: quæ dabatur emptori adversus venditorem, ut rem traderet, item ut præstaret evictionem, hoc est, si opus esset, ostenderet, se esse dominum rei venditæ, aut redderet pretiū, si vendidisset ré alienā ignoranti. Cōplectitur & vicinas actiones, quæ dantur emptori. *Vide Budæ. 920.*

ACTIO EX INTERDICTO UNDE VI.

XXII.

Actio vocatur δίκη ἐξούλης, à verbo ἐξείλλω, id est, expello: datur vel ad recuperandam, vel ad retinendam possessionem, vel ad fruendam, si quis frui prohibet vel impedit. Has species Romani discernunt diversis appellationibus: videlicet interdicto unde vi, item uti possidetis. Sed Attici generali appellatione, quam dixi, vicinas complexi sunt. Ut autem Deus vult suas cuique res munitas esse velut muro sua lege, Non facies furtum: Ita magistratui præcipit hujus legis executionem: vult defendi cives, ut suo quisq; frui, retinere suum, & recuperare injustè erepta possit. Exempla cùm in historijs, tùm in quotidiana vita obvia sunt. Memorabilis historia recitatur à Seneca. Philippus Macedo militē aliquò miserat, cum certis mandatis: qui cum tempestatibus ad litus repulsus & sævitia tēpestatis languefactus esset, exceptus est à vicino rustico. Apud hunc cum per aliquot dies recreatus vires iterum recollegisset, redit ad regem, ac periculum narrat; rustici beneficia non recitat; sibi verò donari villam eo loco sitā, testem periculi sui petit. Rex liberaliter donat. Cum autem miles venisset occupaturus villam, rusticus ad Regem accedit: narrat, à se servatum esse militē, & pro beneficio se expelli ex suo. Hic Rex donationem retractat, & rusticum jubet retinere suum prædium; ac militi ingrato jubet inuri stigmata in fronte: MILES INGRATUS. *Lib 4. de benef. c. 37.* *Apud Senecam e 7* HOSPES INGRATUS.

XXIII.

Ex locato, μισθώσεως, de qua etiam Attici observabant, quod est in jure Romano, ut res in domū locatā translatæ, quæ sunt conductoris, sint oppignerataæ locatori ipso jure, etiāsi nullū accessit decretū magistratus: sicut dicitur in tit. Ex quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur: Invecta & illata pignori erunt obligata. *l. 4. & l. 7. D. In quib. caus. pig. vel hypot. tac. cont.*

XXIV.

Hæreditatum actiones multæ fuerunt. Ἀμφισβήτησις, qua quærebatur, quis esset hæres, cum decessisset aliquis sine liberis, & sine testamento, ἐπιδικασία, cum proximi agnati petebant hæreditatem, etiamsi factum erat testamentum, cum quærebantur, se injustè præteritos esse. Huc pertinere videtur Restitutio in integrum: quæ est Græcis παλινδικία, & πάλιν εἰσάγειν τὴν δίκην, & ἀναδικασίαν ἀποκατάστασιν. Budæ. 195. & 312. Item pertinet huc actio finium regundorum: quam Caius ipse testatur in l. ult. D. fin. regund. ad exemplum quodammodo introductam esse ejus legis, quam Solon Athenis dicitur tulisse: cujus verba ibi cōmemorat. C. R.

OCTAVUM PRÆCEPTUM,

Non dices falsum testimonium.

XXV. *Accusatio.*

In Areopago accusabatur, qui dixerat falsum testimonium, & vocabatur accusatio ψευδομαρτυρίων. Erant & aliæ actiones eorum, qui dixerant se audivisse

ab inſpectantibus, ἐμμαρτυρίας. Dabatur etiam actio λειπομαρτυρίας, contra eos, qui cum poſſent, nolebant dicere teſtimonium: ſicut nunc de cogendis teſtibus jura conſtituta ſunt: quia utrique ſunt injuſti, & qui falſum dicunt, & qui veritatem occultant, cum eam ſciant: Sicut & Chriſtus non ſolùm oppugnatorem, ſed etiam diſſimulatorem veritatis damnat. Qui non colligit mecum diſpergit.

XXVI.

Accuſatio παρανόμων ignota eſt Latinis, cum accuſatur is, qui legem aut decretum propoſuit contrarium prioribus receptis Legibus. Ideo autem hæc forma apud Latinos nomen non habet, quæ privata Legum mutatio Romæ accuſabatur crimine læſæ majeſtatis, ſicut nunc in Eccleſia crimine hæreſeos. Attici verò gradus Legum diſtinxerunt, ac violantem nervos religionis aut imperij accuſabant vel εἰσαγγελίᾳ, vel accuſatione ἀσεβείας. Sed violationem legum inferiorum transferebant ad hanc vulgatiſſimam accuſationem παρανόμων, qua cõdemnatus, tantùm erat infamis, non adficiebatur capitali ſupplicio: Ut Cteſipho accuſatur ab Æſchine, quod decretum feciſſet, ut Demoſtheni ante relatas rationes decernerentur honores. Contrà accuſatus injuſtè poterat accuſatorem viciſſim accuſare συκοφαντίας, ut ſupra diximus: ut in jure Romano ex SC. Turpiliano licet accuſare calumniatorem, qui condemnatus, infamis eſt. Sed vetus ſeveritas calumniatorem in cauſa capitali eodem ſupplicio puniendum cenſuit, quo affectus eſſet adverſarius, ſi convictus eſſet.

Exemplum, quod monet, non temerè eſſe mutandas leges, quæ gravi judicio majorum receptæ & poſtea longo uſu comprobatæ ſunt, ex Demoſthenis oratione contra Timocratem.

Narrabo vobis, Judices, Legem Locrenſem. Non enim deteriores eritis audito hoc exemplo, præcipuè quo civitas utitur, quæ legibus rectè conſtituta eſt. Illi enim adeò cuſtodiendas eſſe veteres leges ſentiunt, & patria inſtituta tuenda, nec novas leges pro cupiditatibus paucorum, aut ad eludenda judicia ferendas eſſe, ut ſi quis novam legem rogaturum ſe eſſe oſtenderet, cogatur eam proponere collo in laqueum inſerto. Quòd ſi legem propoſitam populus approbat, ſuaſor diſcedit illæſus. Sed ſi lex repudiatur, ſuaſor ſtrangulatus laqueo interficitur. Hujus periculi magnitudine deterrentur cives, ne novas leges ferant. Quare & veteribus majore reverentia & ſtudio obtemperant. Ac multis ſeculis unica tantùm nova lex apud eos lata eſſe dicitur. Cum enim legem civitas habere de talione, ut ſi quis alteri oculum effoderit, viciſſim ſibi oculum erui patiatur, nec mulctetur pecunia; quiſpiam unicum oculum habenti minitatus eſt, ſe oculum ei effoſſurum eſſe. Motus hac comminatione is, qui unicum habebat oculum, ac reputans quàm miſera in cæcitate vita futura eſſet, venire in concionem auſus eſt ad ſuadendum novam legem: ut ſi quis oculum effoderit alicui habenti unicum, viciſſim ſibi utrumq; oculum erui patiatur, ut æqualitatem calamitatis pœna efficiat. Hanc ajunt Locri unicam legem inde uſque à ducentis annis latam eſſe. Hæc Demoſthenes.

Vide Orat. C. Rittershuſij de Zaleuco & Charonda.

Duas alias addit Diodorus Siculus. Et vid. quoq; Ioan. Stobæum.

CATA-

CATALOGUS
AVCTORVM, QVI HOC IN COMMENTARIO SPARSIM citantur.

INDEX

RERUM ET VERBORUM MEMORABILIUM, QUAE IN COMMENTARIO CONTINENTUR.

A

Actio

heredes

Argen-

B

Bona

C

 utsi

Compen-

Cura-

E

G.

H.

 servi

Luti-

similes.

O

P

in de-

Potestas

Prodi-

Quæ

Q.

R

Servi-

Species

Sti-

T

Testa

V

Virgo

INDEX LEGUM CORRECTARUM, HOC IN COMMENTARIO CONTENTARUM, UBI ETIAM DE CONSTANTI ALIQUOT TEXTUUM LECTIONE DISSERITUR.

Ex pandectis.

Ex Codice.

Textus Institutionum.

INDEX LEGUM CONCILIATARUM, QUÆ HOC IN COMMENTARIO CONTINENTUR.

INDEX LEGUM EXPLICATARUM: QUARUM IN HOC COMMENTARIO MENTIO FIT.

Ex Digestis.

Ex Codice.

Ex Novellis.

Ex diversis autoribus.

FINIS.

